



Universidade de Brasília
Faculdade de Direito – FD
Curso de Graduação em Direito

DANDARA PERASSA COELHO

**UM *PLUS* À INVESTIGAÇÃO DA CRIMINALIDADE ECONÔMICA:
O VALOR PROBATÓRIO DA COLABORAÇÃO PREMIADA NO DIREITO
PENAL ECONÔMICO E NO ANTITRUSTE**

BRASÍLIA
2015

DANDARA PERASSA COELHO

**UM *PLUS* À INVESTIGAÇÃO DA CRIMINALIDADE ECONÔMICA:
O VALOR PROBATÓRIO DA COLABORAÇÃO PREMIADA NO DIREITO
PENAL ECONÔMICO E NO ANTITRUSTE**

Trabalho de conclusão de curso apresentado
como exigência parcial para obtenção do grau
de Bacharelado em Direito na Universidade de
Brasília, sob a orientação da Prof.^a Dr.^a Ana de
Oliveira Frazão.

BRASÍLIA
2015

DANDARA PERASSA COÊLHO

**UM *PLUS* À INVESTIGAÇÃO DA CRIMINALIDADE ECONÔMICA:
O VALOR PROBATÓRIO DA COLABORAÇÃO PREMIADA NO DIREITO
PENAL ECONÔMICO E NO ANTITRUSTE**

Trabalho de conclusão de curso apresentado
como exigência parcial para obtenção do grau
de Bacharelado em Direito na Universidade de
Brasília, sob a orientação da Prof.^a Dr.^a Ana de
Oliveira Frazão.

Data: ____/____/____

Nota: _____

BANCA EXAMINADORA

Prof.^a Dr.^a Ana de Oliveira Frazão

Orientadora – UnB

Prof.^o Dr.^o Othon de Azevedo Lopes

Avaliador - Unb

Prof.^o Dr.^o Paulo Burnier da Silveira

Avaliador - UnB

*Para todos aqueles que acreditaram em
mim.*

“Keep your friends close and your enemies closer.”

[...]

“Like many business men of genius he learned that free competition was wasteful, monopoly efficient. And so he simply set about achieving that efficient monopoly.”

[...]

“A lawyer with his briefcase can steal more than a hundred men with guns.”

(Mario Puzo, The Godfather).

“Porque o arrependimento, como o desejo, não procura analisar-se, mas sim satisfazer-se.”

(Marcel Proust).

“Por mais que a delação seja um poço de bondade, a rainha dos detentos, namorada de tudo que é nego torto, seja do mangue ou do porto, o certo é que ela serve e dá para qualquer um, seja poderosos ou lazentos. Maldita Geni ou bendita Geni?”

(Luiz Flávio Gomes).

RESUMO

O objetivo do trabalho foi constatar o alto valor probatório da colaboração premiada nas investigações de carteis, por meio de documentação indireta – pesquisa documental e pesquisa bibliográfica –, inclusive com o estudo da teoria da prova e dos sistemas estadunidense e italiano de leniência e delação premiada. O problema foi formulado quanto à possibilidade ou não de a contribuição, isoladamente, gerar uma condenação nos âmbitos do Direito Penal Econômico e do Direito Administrativo Sancionador, com foco neste último. Constatou-se a necessidade de complementariedade preventivo-repressiva entre aqueles, além da importância da valoração das provas no procedimento probatório ao verificar quais meios de prova são mais eficazes na tarefa de identificar carteis. A maioria das investigações conta com provas indiretas, dentre elas, os indícios e as máximas de experiência; por não serem suficientes, em alguns casos, aplica-se o paralelismo *plus*, que também pode ser insuficiente para embasar uma condenação, por necessitar de um mínimo conjunto probatório. Ora, os carteis são estruturas complexas, modernas e dificilmente detectáveis, e por conta disso o poder punitivo do Estado vê-se obrigado a adotar meios mais sofisticados de investigação e inteligência, tal como a colaboração premiada. Esta pode ser vista, com muita cautela, como meio de obtenção de prova, pois advém de pessoa interessada e comprometida, e não pode, isoladamente, embasar condenações. A falta de cautela e rigidez com que se lida, por vezes, com a Colaboração Premiada, compromete um instituto que é sim potencialmente eficaz como manifestação do poder punitivo do Estado à grave conduta de cartel.

Palavras-chave: cartel; colaboração premiada; valor probatório.

ABSTRACT

The scope of this work was the demonstration of the high probative value of Legal Collaboration (Plea Bargaining and Leniency) in cartel investigations, through indirect documentation – documentary and bibliographic research –, including the study of the Theory of Legal Proof and the analysis of USA's and Italy's leniency and plea-bargaining systems. The problem was formulated as to whether or not the contribution alone generates a conviction in the areas of Economic Criminal Law and Sanctioning Administrative Law, focusing on the latter. After confirming the need for a preventive-repressive complementarity between those areas, this paper highlighted the importance of the assessment of evidence in the probative procedure, as it serves to check which means of proof are more effective in the task of identifying cartels. The majority of investigations depends on indirect proofs, among them, the evidence and the maxims of experience; on account of the insufficiency, sometimes, of indirect proof, it was applied the parallelism plus theory, which, in its turn, can also be insufficient, by requiring a minimum evidence to analyze. The cartels are modern and complex structures, and hardly detectable, and as a result the punitive power of the State is obliged to adopt more sophisticated means of research and intelligence, such as the Legal Collaboration. This institute may be seen, with precaution, as a means of obtaining evidence, as it comes from a self-interested person, and cannot, alone, base convictions. The lack of caution and rigidity with which one deals with the Legal Collaboration, jeopardizes an institute that is indeed potentially effective as a manifestation of the punitive power of the State against cartels.

Keywords: cartel; legal collaboration; leniency; plea bargaining; probative value.

SUMÁRIO

1. Introdução	8
2. A IMPORTÂNCIA DA PERSECUÇÃO DO CARTEL	11
2.1. A Criminalidade Econômica	11
2.2. A Ordem Econômica e os âmbitos do poder punitivo do Estado na persecução do cartel	18
2.3. A dificuldade de detecção do cartel e a importância de um mecanismo mais adequado para sua persecução	25
3. VALORAÇÃO DA PROVA	34
3.1. A valoração como interpretação da realidade manifestada nas provas (linguagem)	34
<i>3.1.1. O valor probatório dos indícios</i>	<i>37</i>
<i>3.1.2. A eficaz (?) aplicação do Paralelismo Plus</i>	<i>46</i>
4. O VALOR PROBATÓRIO DA COLABORAÇÃO PREMIADA	53
4.1. Modelos adotados na Delação Premiada e na Leniência	53
<i>4.1.1. O combate à máfia e o modelo italiano de delação</i>	<i>54</i>
<i>4.1.2. A experiência estadunidense com seu modelo de leniência</i>	<i>59</i>
4.2. A introdução do instituto no ordenamento jurídico brasileiro	62
4.3. A Colaboração Premiada como meio mais eficiente de se obter provas da conduta	65
<i>4.3.1. A observância de garantias fundamentais e a postura ativa das autoridades no procedimento probatório</i>	<i>68</i>
<i>4.3.2. A cautela na análise das declarações do colaborador</i>	<i>77</i>
<i>4.3.3. O convencimento do juiz</i>	<i>85</i>
5. Conclusão	94
Referências	97

1. Introdução

Dentro do convívio social, o cometimento de alguns crimes lesa bens jurídicos coletivos e supraindividuais e causam prejuízos em larga escala. A Criminalidade Econômica envolve poder, corrupção, e pessoas das mais altas classes econômicas e hierárquicas. Nesse uso mais generalizado do termo, encaixam-se crimes de colarinho branco, crime organizado, e em geral, crimes de natureza econômica, como os cometidos nos âmbitos concorrencial e penal econômico, dentre eles, a formação de carteis, os quais, pela magnitude dos danos que causam ou podem vir a causar – inclusive à Ordem Econômica –, exigem uma intervenção estatal repressiva (*post factum*).

Tal intervenção é legitimada pelo poder punitivo do Estado, o qual se ramificou e, dentre estas ramificações, estão o Direito Penal Econômico e o Direito Administrativo Sancionador. Ambos adotaram um instituto antigo, de premiação de um criminoso, a fim de reprimir os abusos cometidos dentro dos seus âmbitos. Apesar de seu procedimento estar disposto em diversas leis especiais no Brasil, a valoração probatória carece de regras mais claras e objetivas. O livre convencimento do julgador deve pautar-se em critérios jurídicos e objetivos na valoração da prova. Acontece que a doutrina e a legislação não indicam quais seriam eles.

Em ambas as áreas, as autoridades, quando se deparam com uma colaboração premiada, têm um trabalho altamente complexo de verificar os documentos e depoimentos dos delatores, e analisar então as condutas dos competidores investigados. As provas são, majoritariamente, circunstanciais. É praticamente como montar um quebra-cabeça, onde não se sabe exatamente a imagem final que deverá ser formada. A complicada detecção de tais crimes agrava-se pela dificuldade de reconhecimento da vítima como tal, assim como a visualização do agente pela sociedade como sendo o criminoso.

Novamente, a contribuição premiada muitas vezes “resolve” o problema que as autoridades encontram ao buscarem provas em suas investigações. O problema dá-se quando as provas trazidas, por si só, não geram mais que fortes indícios do conluio. Além disso, a leniência ou delação premiada pode ser vista como uma prova indiciária. Disto surge o questionamento do valor probatório de tais contribuições delatórias, e o problema principal deste trabalho: seriam elas por si só suficientes para uma condenação?

A delimitação desses procedimentos dentro do cenário jurídico brasileiro é importante, pois importará em uma maior eficácia no que se refere à sua aplicação, levando em consideração que o tema é atual. O CADE vem assinando cada vez mais acordos de leniência – foram 23 somente nos últimos três anos. A escassez de doutrina específica sobre o

tema, somada a esse alto número de leniências - 40 acordos e 9 aditivos no período de 2003 a 2014 –, indicam a atualidade e relevância da discussão em torno do tema.

Também o STF vem se deparando com várias ações penais grandes e polêmicas envolvendo delação premiada. Luiz Flávio Gomes referiu-se à delação premiada como a “Geni” dos criminosos de colarinho branco, citando Paulo Roberto da Costa (ex-diretor da Petrobras), Alberto Youssef (doleiro), Júlio Camargo (Toyo-Setal) e Augusto Ribeiro de Mendonça Neto (da Tipuana, da EBR e da Toyo-Setal, controlada pela japonesa Toyo Engineering, a qual tem contratos de mais de R\$ 4 bilhões com a Petrobras), como grandes e ricos empresários que já se “beneficiaram” com o programa.¹

Apesar das controvérsias quanto à sua efetivação, este trabalho tenta mostrar que o Programa de Colaboração Premiada é um pilar forte na proteção da Ordem Econômica, e a solução potencialmente mais eficaz para um dos grandes problemas no combate aos carteis: a obtenção de fontes de provas para sua verificação e consequente sanção.

Para tanto, o trabalho está dividido em três capítulos. O primeiro explica a gravidade do cartel e todo o fenômeno da criminalidade econômica em que se insere, provocando lesões enormes a bens jurídicos predominantemente coletivos e supraindividuais, ferindo a ordem econômica constitucionalizada e exigindo por certo uma maior atenção e atuação interventiva por parte do Estado. A partir dos âmbitos em que aquele é perseguido, penal econômico e administrativo sancionador, analisa-se os seus standards diversos de prova e o sistema da livre convicção motivada.

O segundo capítulo aponta os meios de prova normalmente disponíveis nas investigações de carteis. Vê-se que os indícios são por vezes insuficientes para embasar uma condenação. Da mesma forma, até a aplicação da teoria do paralelismo *plus* não é uma resposta estatal altamente eficaz.

Finalmente, o terceiro capítulo explica que a Colaboração Premiada é o meio mais eficaz de se obter provas da conduta e efetivar a condenação dos agentes delitivos, a partir dos modelos adotados no ordenamento jurídico brasileiro, da postura ativa das autoridades na investigação, da cautela com o testemunho do delator e sua avaliação dentro do conjunto probatório, e da precisão no convencimento do juiz pela observância de alguns critérios como o livre convencimento motivado e o standard de prova além da dúvida razoável.

¹GOMES, Luiz Flávio. **Delação Premiada é a “Geni” dos Criminosos de Colarinho Branco**. Sítio online do Instituto Avante Brasil. Novembro de 2014. Disponível em: <<http://institutoavantebrasil.com.br/delacao-premiada-a-geni-dos-criminosos-do-colarinho-branco/>> Acesso em 11 de fevereiro de 2015.

A máxima cautela ao lidar com o instituto referido é imprescindível, principalmente na esfera administrativo sancionadora, uma vez que as autoridades administrativas têm não só uma maior “elasticidade competencial”, como também uma vinculação direta com o resultado de seu trabalho. Elas devem cumprir metas, e isto pode contaminar sua imparcialidade e, consequentemente, o processo de obtenção de resultados.

Não obstante todas as considerações positivas sobre o instituto feitas ao longo do trabalho, é evidente o desafio que as autoridades penal e administrativa ainda têm para efetivar sua aplicação respeitando as constatações feitas aqui, a fim de embasar condenações com segurança jurídica e robustez probatória. Por conta de todo o exposto, o presente tentará apontar soluções para uma aplicação mais eficaz do instituto.

2. A IMPORTÂNCIA DA PERSECUÇÃO DO CARTEL

2.1. A Criminalidade Econômica

Desde os períodos mais remotos da história do homem, este já se conformava em grupos. Essa organização em gens, famílias, sociedades, etc., permitiu expansões territoriais, poder, e a hierarquia entre mais fortes e mais fracos.² Da mesma forma, associações criminosas, já à época medieval, eram uma boa oportunidade para piratas e bandoleiros, e ainda, para ladrões e charlatães, que se apropriavam de pequenas somas de dinheiro não mais fazendo uso de tamanha violência como aqueles primeiros, mas sim por meio de fraude, usando de truques e artimanhas para enganar um número alto de pessoas, gastando, além disso, uma parte do dinheiro com suborno de autoridades e pagamento de advogados e testemunhas.³

Mais à frente no tempo, o período industrial, por sua vez, observou dois tipos novos de associação criminosa – de projetos e de negócios. Por conta do maior risco que corriam ao se associar para a prática de delitos penais, seus integrantes usavam de técnicas mais sofisticadas, aplicando-as para o cometimento de crimes de grande escala, planejados perfeitamente do início ao fim.⁴ Nas associações de negócios, inclusive, algumas vítimas tinham pleno conhecimento de que a situação em que estavam envolvidas era ilegal, mas não colaboravam com a repressão do crime, seja porque acreditavam ser aquela associação mais poderosa que o próprio Estado, seja porque desejavam elas aproveitarem da situação ilícita. Tem-se o monopólio ilegal como um exemplo comum daquela.⁵

Diagnostica-se, posteriormente, a emergência dos carteis, estruturas complexas de associação delitiva que ainda hoje representam um grave problema à ordem econômica, e que se inserem no problema mais amplo da criminalidade econômica. Diz-se que “a criminalidade econômica reúne as violações à ordem pública econômica e a delinquência cometida no âmbito da empresa.”⁶

A criminalidade econômica pode ser definida também como a “economia das atividades ilícitas em suas dimensões produtiva e financeira, ou o conjunto de infrações

²OLIVEIRA JUNIOR, Gonçalo Farias de. **Ordem Econômica e Direito Penal Antitruste**. 2ª edição. Curitiba: Juruá, 2009. Coleção Biblioteca de Estudos Avançados em Direito Penal e Processual Penal, p. 29.

³FERRO, Ana Luiza Almeida. **Crime Organizado e Organizações Criminosas Mundiais**. Curitiba: Juruá Editora, 2010, p. 16-22.

⁴Ibidem, loc. cit.

⁵Ibidem, loc. cit.

⁶BOULLANGER, Hervé apud DAMASCENO E SANTOS, Juliana Pinheiro. **Questão conceitual: Crimes de colarinho-branco ou crimes econômicos?** Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9179> Acessado em 02 de junho de 2015.

penais cuja particularidade é relacionar-se com dinheiro e empresa” (PRADO, p. 366).⁷ O termo moderno pode ser subdividido em três grupos: delitos contra a lealdade nas relações negociais; delitos que implicam violação de regras da livre concorrência e do mercado e delitos que implica violação de regulamentações econômicas, fiscais⁸ ou sociais. Os carteis podem ser colocados dentro daquele segundo grupo, por conta de seu fim precípua que é lesar a livre concorrência a fim de se obter mais lucro. O panorama jurídico atual vê-se diante de uma dificuldade muito grande quanto à sua contenção, pelo alto nível social daqueles agentes delitivos, e pela própria estruturação dos grupos criminosos a fim de que não sejam expostos às autoridades, fatos que liga os carteis a problemas semelhantes encontrados na persecução do crime organizado e dos crimes de colarinho branco, todos integrantes do conceito de criminalidade econômica.

A palavra “cartel” começa a ser utilizada em relatórios referentes a tráfico de drogas, em 1920. Acontece que a acelerada industrialização e o acúmulo de capital impulsionaram a formação de grandes monopólios, movimento no mercado que acabou por eliminar muitas empresas e indústrias menores ou mais fracas. Com isso, a concorrência também diminuiu, e os grupos de agentes sobreviventes tentaram aumentar ainda mais seus lucros, mesmo que isso significasse prejuízo aos consumidores. Tais grupos foram chamados de carteis, trustes e holdings. No mundo econômico legal, tornaram-se personagens diversos daqueles do crime organizado clássico, sem fazer uso da violência física, como acontece ainda em carteis/grupos organizados de droga, por exemplo.

O termo é inglês, e pode ser explicado como acordos implícitos ou explícitos firmados entre várias empresas em um mesmo setor industrial ou mesmo mercado relevante, a nível nacional ou internacional, para fixação de preços e quotas de venda, fabricação e distribuição; limitação de produção; além de divisão do mercado e dos lucros entre seus membros⁹.

Os carteis podem ser acordos *hardcore*, que são os carteis clássicos, onde o arranjo feito entre os agentes é manifestamente anticoncorrencial, e um ilícito *per se*. Nele, os

⁷PRADO, Luiz Regis. **Direito Penal Econômico**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 366.

⁸Quando às regulamentações econômico-fiscais, menciona-se que o Sistema Financeiro Nacional assegura, em tese, uma boa gestão político-financeira do Estado, e um bom desenvolvimento do país. Os crimes financeiros também são crimes econômicos. No momento em que o cometimento de evasão de divisas, por exemplo, lesa o Erário e atinge a política econômico-financeira do país, vê-se evidente seu enquadramento como crime econômico.

⁹MONTROYA, Mario Daniel. **Máfia e Crime Organizado – Aspectos legais**. Autoria mediata. Responsabilidade penal das estruturas organizadas de poder. Atividades criminosas. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 110.

instrumentos elaborados para alcançar seus objetivos, como a fixação de preços e condições de venda, divisão de mercados, e fechamento do mercado, são permanentes. Acontece quando se fala de reuniões periódicas, manuais de comportamento, etc..

Por outro lado, existem acordos entre empresas – na sua maioria, acordos horizontais, que ocorrem entre *players* que atuam num mesmo mercado relevante – que devem ser analisados pelas autoridades para que se constate sua aceitabilidade ou não pelas regras antitruste. São os chamados carteis difusos, de caráter eventual, cujas circunstâncias podem ser relevadas para a atribuição de sanções mais brandas aos seus participantes.

Carteis difusos são também ilícitos por objeto. Um dos fatores que torna necessária, entretanto, uma análise mais pormenorizada dos fatos pela autoridade para sua constatação é o de que, por vezes, alguns acordos horizontais têm uma aparência de conluio, mas não o são. Acontece que o ato de promover ajustes ou acordos entre empresas em si não é um ilícito, desde que seu escopo ou seu resultado não invoquem qualquer abuso do poder econômico. Aliás, é comum e lícita a formação de acordos de cooperação entre agentes, ou mesmo a emergência de “fenômenos” como as empresas coligadas, as empresas controladoras ou controladas, o grupo de sociedades, as empresas consorciadas ou, ainda, as chamadas *joint ventures*.¹⁰

Em um primeiro momento, essas associações em geral são legítimas se seus fins também o são, a exemplo das que objetivam maior eficiência e vantagens econômicas significativas, compartilhando riscos, *know-how*, inovando no mercado de forma rápida, propiciando resultados econômicos positivos para todas as empresas envolvidas. No entanto, sua formação legítima não as impede de eventualmente serem enquadradas na conduta de cartel, se seus resultados acabarem por lesar a concorrência ou promover o abuso do poder econômico, razão pela qual mesmo elas devem ser apreciadas pelas autoridades competentes.¹¹

O autor desse tipo de delito de natureza econômica é o homem de negócios,¹² uma pessoa respeitada e com alto status social, que comete um crime no âmbito profissional por

¹⁰MAIA, Carlos Rodrigo Fonseca Tigre. **Tutela penal da ordem econômica: o crime de formação de cartel**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2008. p. 162-163.

¹¹Ibidem, p. 162-164.

¹²SUTHERLAND, Edwin Hardin. **White-Collar Criminality**. In: American Sociological Review. v. 5, n. 1, fev, 1940. p. 1-12. Disponível em: <cooley.libarts.wsu.edu/criminology/documents/sutherland.pdf> Acessado em 24 de outubro de 2014.

violação de confiança,¹³ característica essa que também está presente nos crimes de colarinho branco, o que torna complexa sua detecção e investigação.

Um grande propulsor dos estudos sobre o crime de colarinho branco foi Edwin Sutherland,¹⁴ tomado pelo interesse da criminologia, no início do século XX, na vertente econômica dos delitos. Sutherland focava no agente criminoso da conduta, mostrando que esta não estava exclusivamente ligada às classes sociais mais baixas. Apontou para o cometimento de crimes por homens da mais alta “casta” social.

Segundo Hermann Mannheim, os *white-collar crimes* podem ser definidos como: um crime cometido por pessoas respeitáveis; com elevado status social; no exercício de suas profissões, desvinculados da pobreza. Tiedemann conceituou-o como "business criminal law", um tipo de crime perpetrado por empresas¹⁵, apesar de vários autores modernos observarem os crimes de colarinho branco por um caráter mais objetivo, focando nas particularidades da ação.

A novidade quanto à prática desse crime foi acentuada por Patrícia Bonato¹⁶: seus sujeitos ativos são agentes de alto poder aquisitivo e que concentram em si a opção por não delinquirem, o que faz surgir a denominação *crimes of the powerful*. E por isso são tão difíceis de serem detectados pela autoridade. Uma das razões para tanto – para que os agentes que cometam esse crime não sejam condenados – é o fato de praticamente não existirem provas materiais, mas apenas elementos circunstanciais, além de inúmeros recursos previstos pela atual sistemática processual brasileira, o que termina por prolongar demasiadamente o processo. Faz-se relevante notar, pois, que esses crimes, muitas vezes de perigo abstrato, precisam da comprovação de um resultado para que se puna do agente, o que é quase impossibilitado pelo próprio tratamento penal que os crimes econômicos recebem. A ineficácia do direito penal no combate aos crimes de colarinho branco, à criminalidade econômica, justifica-se também, portanto, pelos instrumentos sancionatórios insignificantes que a própria lei disponibiliza.

¹³COSTA, Gisela França da. **Breve panorama do pensamento de Edwin H. Sutherland e a nova etiologia da criminalidade**. In: Inovações no Direito Penal Econômico – Contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas. SOUZA, Artur de Brito Gueiros (org.). Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2011. p. 65-90.

¹⁴SUTHERLAND, op. cit, loc. cit.

¹⁵TIEDEMANN, Klaus. **El Concepto de Derecho Economico, de Derecho Penal Economico y de Delito Economico**. In: Cuadernos de política criminal, n° 28. Madrid: Edersa, 1986, p. 61.

¹⁶BONATO, Patrícia de Paula Queiroz. **Crimes de Colarinho Branco e a (in)eficácia da tutela jurídico-penal da ordem econômica**. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, Ano 22, n. 107, março-abril, 2014. p. 103-120. Editora Revista dos Tribunais. Publicação oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais.

Além dos vieses desse tipo de delito que o definem a partir do criminoso que o pratica, e a partir da sua organização cultural, o colarinho branco também pode ser abordado pelo tipo de crime, como o faz o *Federal Bureau of Investigation*, segundo o qual os crimes referidos seriam os atos ilegais caracterizados pela fraude, acobertamento ou abuso de confiança e que não dependem do uso de violência ou força física para se consumarem. O *FBI* adiciona que tais crimes são cometidos para se ganhar dinheiro, propriedade, ou serviços, para evitar o pagamento ou perda de dinheiro ou serviços, e ainda para assegurar vantagens pessoais ou empresariais.¹⁷

Ora, os carteis encaixam-se perfeitamente nas descrições dadas acima, e tendem às mesmas conclusões constatadas a partir do cenário atual brasileiro quanto à investigação e punição dos crimes de colarinho branco, isto é, que tais procedimentos são complexos, seja porque as violações são complexas e de efeitos difusos, motivo pelo qual a vítima não se reconhece como tal; as agências de comunicação não veiculam dados suficientes sobre o crime em discussão, por se tratar de prática complexa, e porque às vezes as próprias agências têm contato com os agentes dos crimes; o status social elevado do agente do crime faz com que seja difícil visualizá-lo como criminoso; ou mesmo porque sua alta posição social facilita o uso de um *modus operandi* sofisticado.¹⁸

Por outro lado, se analisado pela sua estrutura, o cartel assemelha-se em relação a sua estrutura àquela do crime organizado, conceito também integrante da criminalidade econômica. Pode-se notar a relevância do crime organizado já no cenário de crise do final do século XIX e início do século XX, que teve como marco a quebra da bolsa de 1929. Aqui, mesmo que as circunstâncias exigissem um maior auxílio e participação do Estado nas atividades públicas, algumas antes exercidas por particulares, o cenário da Grande Depressão, aliadas à vigência da Lei Seca nos Estados Unidos, permitiu a proliferação de muitas atividades ilícitas, como a prostituição e o contrabando, dando inclusive origem a personagens históricos, como Al Capone.¹⁹

¹⁷ BARNETT, Cynthia. U.S. Department of Justice. Federal Bureau of Investigation. Criminal Justice Information Services (CJIS) Division. **The Measurement of White-Collar Crime Using Uniform Crime Reporting (UCR) Data**. Disponível em: <http://www.fbi.gov/stats-services/about-us/cjis/ucr/nibrs/nibrs_wcc.pdf> Acesso em 05 de maio de 2015.

¹⁸ ARRUDA, Elcio. **Crimes de colarinho branco (White-collar crimes)**. In: Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, vol. 26, n.1/2. Brasília: janeiro/fevereiro, 2014, p. 11-14.

¹⁹ PALHARES, Cinthia Rodrigues Menescal. **Aspectos político-criminais das sanções penais econômicas no direito brasileiro**. In: Inovações no Direito Penal Econômico – Contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas. SOUZA, Artur de Brito Gueiros (org.). Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2011, p. 147-176.

O crime organizado desenvolve-se bastante após a Segunda Guerra Mundial, como destaca Gonçalves Oliveira Junior:

vai sendo gerenciada uma nova ordem econômica mundial, fundada sobretudo na internacionalização e financeirização e orientada para dar continuidade aos padrões de acumulação dos países ricos, mormente os EUA e os Estados Nacionais europeus. Trata-se dos “anos dourados”, fase assim nominada na literatura econômica, representativa de eloquente prosperidade econômica vivida na época.²⁰

Os “anos dourados” foram prósperos também para as organizações criminosas²¹ e o crime organizado. As inovações trazidas com esse período próspero auxiliaram na criação de um complexo mercado da criminalidade, altamente rentável e operável em rede, composto por sistemas e suas ramificações, conformando-se, nas palavras de Odete Maria de Oliveira,

em poderosos cartéis – impérios de força e poder – dia-após-dia fortalecendo-se e constituindo inédita confederação do crime organizado – confraternidade marginal – um fenômeno de subcultura, ou melhor, uma contracultura de sócios delinquentes com seus singulares códigos e valores.²²

Os processos de globalização, desenvolvimento tecnológico e crescente acumulação de capital trouxeram como consequência um mercado único, mundial, altamente carente de tutela legal, de ações tendentes a proteger a livre-iniciativa e punir agentes econômicos que obstem a livre concorrência ou o ingresso de novos agentes naquele mercado.²³ Dentre aqueles, o crime organizado, que atinge proporções mundiais e envolve toda uma dinâmica do mercado que os penalistas tentam conter em um conceito criminológico.

A sociedade pós-industrial, com sua globalização financeira e progresso da informática e da comunicação, fez emergir um mercado global do crime, um fenômeno peculiar de delinquência transnacional, econômica e organizada.²⁴ A internet é um vetor importante, na medida em que permite uma ampla concorrência em muitos setores econômicos.

²⁰ OLIVEIRA JUNIOR, Gonçalves Farias de. **Ordem Econômica e Direito Penal Antitruste**. 2ª edição. Coleção Biblioteca de Estudos Avançados em Direito Penal e Processual Penal. Curitiba: Juruá, 2009, p. 33.

²¹ A nova lei de organizações criminosas – lei n.º 12.850/2013 –, em seu art. 1º, § 1º, define-as: “Considera-se organização criminosas a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superior a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional”.

²² FERRO, Ana Luiza Almeida. **Crime Organizado e Organizações Criminosas Mundiais**. Curitiba: Juruá Editora, 2010, p. 22-23.

²³ Constata-se ainda uma forte vertente econômica doutrinária e política que sustenta a progressiva desregulamentação do mercado.

²⁴ PRADO, Luiz Regis. **Direito Penal Econômico**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 364-366.

Segundo Carlos Masi, a criminalidade organizada corresponde à “reunião de vários membros de uma sociedade, que se associam e organizam sua atividade criminal como um projeto empresarial, formando o que se denomina de 'organização criminosa’”.²⁵ Não faz sentido, pois, afirmar que as associações criminosas ocorrerão somente em alguns níveis da sociedade, ou mesmo à margem da sociedade. O sentido dado acima ao termo indica que elas podem ser feitas inclusive por pessoas das mais altas classes da sociedade.

A criminalidade organizada pode ser trabalhada de formas diferentes em várias jurisdições. Nesse sentido, a Itália a identifica mais com a máfia e outras organizações similares; Portugal a associa com crimes contra o mercado financeiro; Alemanha a vê comumente como crimes de lavagem de dinheiro e corrupção; a Espanha a coloca principalmente como crimes de terrorismo.²⁶ Em qualquer delas, no entanto, constata-se sua gravidade e sua necessidade de persecução.

A globalização e o desenvolvimento tecnológico possibilitaram a estruturação complexa dos crimes organizados, altamente rentáveis, poderosos, e que podem ser compostos por pessoas das mais diversas classes sociais, dentre os quais se destaca o cartel. Sua definição atual não mais diz do necessário uso de violência para definir o crime, mas, em se integrando ao conceito amplo de criminalidade econômica, o qual abarca também atividades políticas (em esquemas de corrupção), terrorismo, tráfico de drogas e de pessoas, etc., provocam lesões enormes a bens jurídicos predominantemente coletivos e supraindividuais, ferindo a ordem econômica e exigindo por certo uma maior atenção e atuação interventiva por parte do Estado.²⁷

²⁵MASI, Carlos Velho. **Criminalidade econômica e repatriação de capitais: um estudo à luz da política criminal brasileira**. Porto Alegre: EdiPUCRS, 2012, p. 163. Disponível em: <<https://books.google.com.br/books?id=WQ-79deend8C&lpg=PA169&ots=lf7ataVzgT&dq=%22criminalidade%20econ%C3%B4mica%22%20%22crime%20organizado%22%20%22colarinho%20branco%22&hl=pt-BR&pg=PA163#v=onepage&q=%22criminalidade%20econ%C3%B4mica%22%20&f=false>> Acessado em 02 de junho de 2015.

²⁶PRADO, Luiz Regis. **Direito Penal Econômico**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 395.

²⁷Ibidem, loc. cit.

2.2. A Ordem Econômica e os âmbitos do poder punitivo do Estado na persecução do cartel

É inclusive disciplinado na Constituição o poder punitivo do Estado e a necessidade de sua intervenção na economia para combater problemas como o da criminalidade econômica, em especial, dos cartéis.

A Ordem Econômica surgiu como termo jurídico na Constituição de Weimar, de 1919, e é entendida pela doutrina como um conjunto de preceitos jurídicos que garantiriam os elementos de um sistema econômico, instituindo uma organização da economia, e, finalmente, constituindo uma ordem econômica.²⁸ A Constituição de Weimar inaugurou uma nova era para o constitucionalismo quando reservou um de seus capítulos para tratar da vida econômica, falando inclusive de princípios embrionários ainda, como o da função social.

No Brasil, a Carta Magna de 1934 foi a primeira a tutelar as relações dentro da ordem econômica e social. A ela se seguiram as Constituições de 1937, 1946, 1967, 1988, e EC de 1969. No mesmo viés da “Constituição Econômica” inaugurada na Constituição de Weimar, tem-se atualmente aqui a Constituição Federal de 1988, a qual dispõe sobre a ordem econômica em seu art. 170, *in verbis*:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

- I - soberania nacional;
- II - propriedade privada;
- III - função social da propriedade;
- IV - livre concorrência;
- V - defesa do consumidor;
- VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;
- VII - redução das desigualdades regionais e sociais;
- VIII - busca do pleno emprego;
- IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

²⁸Fábio acrescenta algumas considerações de Hedemann sobre o Direito Econômico. Para Hedemann, o Direito Econômico pode ser entendido como método, porque seria uma ordem jurídica dotada de espírito novo para incidir sobre regras antigas e novas da relação simbiótica entre Direito e Economia. Ou seja, analisa e enfoca problemas jurídicos com cunho econômico. O Direito Econômico como autonomia heterointegrada, por sua vez, traduzir-se-ia na interpretação de que todo o ordenamento jurídico seria passível de ser utilizado para fins de implementação da política econômica. Finalmente, quando analisado como autonomia específica, o Direito Econômico desdobrar-se-ia em um corpo de normas integradas entre si por princípios informadores próprios e irredutíveis aos dos demais ramos. Assim, ele regularia agora relações econômicas que deixaram de ser controladas pelo regime da concorrência, seja em virtude da ação do Estado, seja em virtude da concentração do regime privado. NUSDEO, Fábio. **O Direito Econômico Centenário: um “Vol D’oiseau” sobre o Passado e Algumas Perspectivas para o Futuro**. In: ADEODATO, João Maurício E BITTAR, Eduardo C.B. *Filosofia e Teoria Geral do Direito*. Homenagem a Tercio Sampaio Ferraz Junior. 1 ed. São Paulo: Ed. Quartier Latin, 2011, v. 1, p. 397-429.

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

Nesse sentido, a ordem econômica teria duas definições, uma restrita e outra ampla. Naquela, Luiz Regis Prado entende que ordem econômica seria “a regulação jurídica da intervenção do Estado na economia”²⁹, enquanto uma concepção do termo mais abarcante o tomaria como “regulação jurídica da produção, distribuição e consumo de bens e serviços”.³⁰ Alguns de seus princípios estruturantes são o princípio da livre iniciativa, o princípio da concorrência e o princípio da repressão ao abuso do poder econômico.³¹ Para fins de proteção penal, o autor considera a noção mais geral de ordem econômica, adotada também para fins deste estudo, e que abarca a “intervenção estatal na economia, a organização, o desenvolvimento e a conservação de bens econômicos (inclusive serviços), bem como sua produção, circulação, distribuição e consumo”.³²

Esse apreço pela disposição constitucional da vida econômica tem início com o Estado Social, o qual conta com um Poder Administrativo muito forte que busca efetivar direitos coletivos e o desenvolvimento econômico. O próprio Direito Administrativo da Economia – outro conceito lançado pelos tratadistas alemães – seria um conjunto de ferramentas jurídicas no meio administrativo, pelo qual a Administração Pública influiria no ordenamento econômico.³³ Os choques entre os interesses públicos e privados no mercado sofrem agora a interferência das regras estatais.³⁴

Assim, para que a Administração Pública possa desenvolver plenamente todas as atividades que lhe são inerentes, inclusive aquelas sancionadoras, o ordenamento jurídico lhe conferiu alguns poderes,³⁵ que a permitem impor condutas, ônus, encargos, sanções, restrições

²⁹PRADO, Luiz Regis. **Direito Penal Econômico**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 37.

³⁰BAJO FERNÁNDEZ, M., e BACIGALUPO, S. apud PRADO, Ibidem, loc. cit.

³¹GABAN, Eduardo Molan, e DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito Antitruste**. 3. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 50-59.

³²ANTOLISEI, F. apud PRADO, op. cit., loc. cit.

³³Merece ser tecida uma conceituação do Direito Administrativo em si, o que é feito brilhantemente por OSÓRIO, Fábio Medina, **Direito Administrativo Sancionador**. 4ª ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, *in verbis*: “Direito Administrativo é, pois, ramo do Direito Público, afeto ao chamado Direito do Estado, constituído por normas de organização e normas de comportamento, que se aplicam às Administrações Públicas, ao Poder Executivo, em todas as esferas, regulando suas relações entre si, com os demais Poderes, órgãos estatais e com os administrados, bem como incidindo sobre a função materialmente administrativa de qualquer entidade pública ou privada.”

³⁴BASTOS, Celso Ribeiro, apud OLIVEIRA JUNIOR, Gonçalo Farias de. **Ordem Econômica e Direito Penal Antitruste**. 2ª edição. Coleção Biblioteca de Estudos Avançados em Direito Penal e Processual Penal. Curitiba: Juruá, 2009, p. 33

³⁵GILBERTO, André Marques. **O Processo Antitruste Sancionador – Aspectos Processuais na Repressão das Infrações à Concorrência no Brasil**. São Paulo: Lex Editora, 2010, p. 23.

de direito, etc..³⁶ Um destes poderes é justamente o poder de polícia, o qual legitima sua atividade punitivo-sancionadora. Com efeito, o poder punitivo do Estado também se ramificou. E dentre estas ramificações estão o Direito Penal Econômico e o Direito Administrativo Sancionador – dentro do qual, do seu conjunto de instrumentos legais, destaca-se o direito antitruste.³⁷

Tiedemann usou da criminologia e do direito penal para conectar a expressão "Direito Penal Econômico" às transgressões na atividade regulatória e interventora do Estado na economia (campo do Direito Administrativo Econômico), às transgressões dos bens jurídicos coletivos ou supraindividuais da vida econômica, e aos delitos patrimoniais clássicos, quando estes se voltam contra patrimônios supraindividuais ou quando constituem abuso de medidas e instrumentos da vida econômica.³⁸ Isso porque há uma crescente preocupação no que se refere à possibilidade de um delito econômico, como o cartel, colocar em perigo tanto interesses individuais, quanto a vida econômica e a ordem a que esta corresponde.³⁹ Nesse sentido, frente ao dinamismo do mundo contemporâneo, os ordenamentos jurídicos deparam-se com a necessidade de se atualizarem para prevenir ou remediar situações que surgiram junto com os novos tempos. Ulrich Beck descreve que se vive hoje em uma sociedade global do risco. Este risco é tão real que obriga o Estado a agir para antecipar catástrofes⁴⁰, e demanda novas relações entre ciência, política e economia⁴¹. Assim, exige-se do direito penal uma reação à ameaça que delitos desse tipo representam, e a incorporação de novos objetos a serem protegidos, tais como os bens jurídicos referidos acima, e valores supraindividuais⁴².

Não obstante uma conformação doutrinária no sentido de que o direito penal econômico atenderia à ordem econômica – já inserida no ordenamento jurídico brasileiro pela Constituição Federal Brasileira de 1988, em seu Título VII – Da ordem econômica e

³⁶Ibidem, p. 23-24.

³⁷Ibidem, p. 24-25.

³⁸TIEDEMANN, Klaus. **El Concepto de Derecho Economico, de Derecho Penal Economico y de Delito Economico**. In: Cuadernos de política criminal, nº 28. Madrid: Edersa, 1986, passim.

³⁹TIEDEMANN, Klaus. **El Concepto de Derecho Economico, de Derecho Penal Economico y de Delito Economico**. In: Cuadernos de política criminal, nº 28. Madrid: Edersa, 1986, p. 60.

⁴⁰É importante ressaltar que, no que se refere à modernização e expansão do Direito Penal, são contra tais mudanças a Escola de Frankfurt, representada, sobretudo, por Winfried Hadamer. Na mesma linha de raciocínio estão Eugênio Raul Zaffaroni e Nilo Batista, para os quais não se pode atribuir ao direito penal um caráter preventivo, mantendo-se o caráter punitivo como única finalidade do direito penal.

⁴¹ULRICH, Beck, apud MOTTA, Renata. **Sociologia de risco: globalizando a modernidade reflexiva**. Sociologias, Porto Alegre, ano 11, nº 22, jul./dez. 2009, p. 384-396. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/soc/n22/n22a15.pdf>> Acessado em 24 de abril de 2015.

⁴²RAPOSO, Guilherme Guedes. **Bem jurídico tutelado e direito penal econômico**. In: Inovações no Direito Penal Econômico – Contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas. SOUZA, Artur de Brito Gueiros (org.). Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2011.

financeira –, art. 170 a 192, acompanhando a tendência constitucional mundial –, a estrutura normativa em que ele é disposto sofre de graves problemas estruturais. Inclina-se ainda a dizer que a legislação especial, ao disciplinar o tema, acabou por adotar diversos tipos penais de perigo abstrato, ou mesmo tipos abertos, omissivos e normais penais em branco, o que acaba por gerar insegurança jurídica na seara penal⁴³.

O Direito Penal Econômico não é autônomo, mas uma ramificação do tradicional direito penal, e segue a mesma configuração dialética atual deste: é balança que equaliza o interesse na diminuição da violência do sistema penal e o interesse na redução de delitos. Ele deve proteger os cidadãos de abusos cometidos por outros cidadãos, intervindo na liberdade destes sem, contudo, tirar-lhes suas garantias/direitos fundamentais⁴⁴.

A evolução penalista e administrativa do *ius puniendi* estatal resultou numa aproximação entre o Direito Penal Administrativo e o Direito Administrativo Sancionador.⁴⁵ Fala-se muito da “administrativização” dos ilícitos. Isto não significa a eliminação de um direito punitivo forte – até porque algumas penas privativas de liberdade têm fim pedagógico –, mas revela que já é uma realidade a expansão do Direito Administrativo Sancionador, por sua postura institucional cada vez mais dinâmica e complexa⁴⁶. Fábio Medina Osório afirma que, inegavelmente, o Direito Administrativo Sancionador submete-se ao devido processo legal, assim como aos princípios da segurança jurídica, da proporcionalidade, da tipicidade, da culpabilidade, da presunção de inocência, do *non bis in idem*, da irretroatividade das normas sancionadoras, da legalidade administrativa. Todavia, diz que não se trata de uma legalidade com a mesma rigidez daquela existente no direito penal. Até mesmo o dolo, aqui, será interpretado de maneira diversa.⁴⁷

A exemplo da Lei n.º 8.137/1990, que disciplina o crime de cartel em seu art. 2º, I, “a”: “Considera-se forma de abuso do poder econômico: I – dominar os mercados nacionais ou eliminar total ou parcialmente a concorrência: a) ajuste ou acordo entre empresas, ou entre pessoas vinculadas a tais empresas ou interessadas no objeto de suas atividades; ...” Comparando essa previsão do cartel com aquela feita em sede da lei antitruste, a Lei n.º 12.529/2011, verifica-se nesta uma elasticidade conceitual que a permite englobar e sancionar

⁴³SOUZA, Luciano Anderson de. **Legitimidade da proteção penal da ordem econômica** (Resumo). Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo – USP. São Paulo, 2011. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-10092012-152423/en.php>> Acessado em 24 de abril de 2015.

⁴⁴RAPOSO, op. cit.

⁴⁵OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 4ª ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 213.

⁴⁶Ibidem, p. 440-442.

⁴⁷Ibidem, loc. cit.

administrativamente várias condutas passíveis de assimilação ao tipo penal do cartel, tais como,

Art. 36. [...] § 3º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:

I - acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma:

- a) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente;
- b) a produção ou a comercialização de uma quantidade restrita ou limitada de bens ou a prestação de um número, volume ou frequência restrita ou limitada de serviços;
- c) a divisão de partes ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos;
- d) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública.

Ademais, diz a Constituição Federal Brasileira de 1988, em seu art. 173, parágrafo 4º, que:

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 4º - A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

À previsão constitucional de ação repressiva do Estado perante abusos na esfera econômica não se seguiu qualquer exigência de que a reprimenda ocorresse pela via penal, o que abriu espaço no país para uma discussão quanto à possibilidade do direito administrativo sancionar os bens jurídicos tutelados pelo direito penal (econômico).⁴⁸ Coaduna-se com isto a constatação de Eduardo Reale, o qual indica que não haveria “diferença ontológica entre os bens tutelados economicamente pelo âmbito administrativo se comparado com a seara penal”.⁴⁹

Sem embargo, a autoridade antitruste também se depara com termos jurídicos e princípios altamente indeterminados, e a interpretação dos comandos normativos no caso concreto, à luz do devido processo legal e sem desvios inerentes às perseguições ideológicas, denotam-se uma constante preocupação da Gestão Pública e da própria sociedade. O CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica – é um exemplo da profissionalização de setores e órgãos repressores da Administração Pública. Criado em 1962, pela lei n.º 4.137 – que foi posteriormente revogada pela lei n.º 8.884/94, e esta, pela Lei n.º 12.529/11 –, ele é

⁴⁸ FERRARI, Eduardo Reale. **Legislação penal antitruste: Direito Penal Econômico e sua aceção constitucional**. Direito e Democracia (ULBRA), Canoas/RS, v. 6, n. 2, p. 287-524, 2005 Disponível em: <<http://www.realeadvogados.com.br/opinioes/edu.pdf>> Acessado em 27 de abril de 2015.

⁴⁹ Ibidem, p. 9.

uma autarquia federal brasileira, e tem a tarefa de, a partir de uma política objetiva e imparcial, prevenir e reprimir infrações à ordem econômica,⁵⁰ no que toca mais especificamente à matéria concorrencial, por meio, inclusive, de sanções administrativas.⁵¹

Por um lado, Luciano Anderson de Souza diz que o Direito Administrativo Sancionador revela-se a esperança de um meio mais legítimo e eficaz de proteção à concorrência, e mais amplamente, de tutela da ordem econômica. Ele defende esse caminho ao analisar a legitimidade da proteção penal da ordem econômica, aduzindo que se deve buscar, ao mesmo tempo, a descriminalização das infrações econômicas, e a reestruturação da seara administrativa, sempre levando em conta os contornos do Estado Democrático de Direito⁵². Fábio Medina Osório pontua que o direito administrativo tem elementos eficazes para reagir ao cometimento de fatos ilícitos por pessoas jurídicas. Assim escreve:

O Direito Administrativo, muito mais próximo à realidade social e à necessidade de tutela do interesse público, depara com o concreto problema gerado por pessoas jurídicas que atuam ilicitamente em detrimento de importantes valores tutelados e protegidos pela ordem jurídica e, não raro, pela Administração Pública, a qual os interesses gerais estão confiados pela sociedade.⁵³

Por outro lado, não obstante uma tendência atual – neoliberalista –, de se preferir a aplicação do direito penal como *ultima ratio*, atendendo-se aos princípios da intervenção mínima, alguns doutrinadores, a exemplo de Jesús-Maria Silva Sánchez, são contra a "administrativização" do direito penal, entendendo que todas as infrações têm natureza penal e devem ser processadas e julgadas perante o Judiciário, deslegitimando aqui o Direito Administrativo Sancionador.

O presente estudo, no entanto, entende ser adequada não somente a legitimidade da esfera sancionadora da Administração Pública, como também a relevância da persecução de

⁵⁰ _____. CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?1d1d1fe12eec2f0b59>> Acessado em 27 de abril de 2015.

⁵¹ Nesse sentido, a sanção administrativa é definida por OSÓRIO, Fábio Medina, **Direito Administrativo Sancionador**. 4ª ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 213.: “Consiste a sanção administrativa, portanto, em um mal ou castigo, porque tem efeitos aflictivos, com alcance geral e potencialmente *pro futuro*, imposto pela Administração Pública, materialmente considerada, pelo Judiciário ou por corporações de direito público, a um administrado, jurisdicionado, agente público, pessoa física ou jurídica, sujeitos ou não a especiais relações de sujeição com o Estado, como consequência de uma conduta ilegal, tipificada em norma proibitiva, com uma finalidade repressora ou disciplinar, no âmbito da aplicação forma e material do Direito Administrativo. A finalidade repressora, ou punitiva, já inclui a disciplinar, mas não custa deixar clara essa inclusão, para não haver dúvidas.”

⁵² SOUZA, Luciano Anderson de. **Legitimidade da proteção penal da ordem econômica (Resumo)**. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo – USP. São Paulo, 2011. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-10092012-152423/en.php>> Acessado em 24 de abril de 2015.

⁵³ OSÓRIO, Fábio Medina, **Direito Administrativo Sancionador**. 4ª ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 386.

condutas no âmbito econômico mais geral, como o cartel, em ambas as esferas do Poder Punitivo do Estado, esferas penais e administrativas, como aponta Gonçalo Farias de Oliveira Junior:

consequentemente e desde que preservada a autonomia de uma e de outra esfera – penal e administrativa – não há como deixar de reconhecer a validade da coexistência de ambas, sobremodo em razão da necessidade de complementariedade preventivo-repressiva.⁵⁴

Aquele autor segue o raciocínio dizendo que a coexistência entre as duas esferas é proveitosamente útil na medida em que elas tutelam mutuamente os “interesses a que estão ligadas e amplificam os efeitos preventivo-retributivos para os quais estão direcionadas”.⁵⁵ Eduardo Reale adiciona que a organização administrativa seria um dos dois meios de prevenção mais eficazes na proteção da ordem econômica e do regular desenvolvimento do mercado. Em suma, quanto mais agentes do Estado voltados para tal proteção, mais os agentes econômicos respeitarão as “regras do jogo”, porquanto a efetividade da sanção teria muito mais importância do que a natureza desta. Entende-se aqui pela diferença meramente formal entre a ingerência penal e a administrativa, que se concentraria na natureza política da sanção proposta por cada uma delas.⁵⁶

O Direito Administrativo Sancionador, assim, tem sido cada vez mais visto como um meio potencialmente muito eficaz para coibir comportamentos danosos à sociedade. É possível constatar, no entanto, uma lacuna geral que se traduziria na falta de uma maior teorização quanto ao seu potencial sancionador. Sem embargo, tal lacuna pode gerar prejuízos como o arbítrio, a ineficiência e a má-fé administrativa, e até mesmo a impunidade. Sutherland⁵⁷ já havia mencionado que existem lacunas no ordenamento sancionador que acabam protegendo atividades econômicas lesivas, não obstante a “potencializada danosidade social (desvalor do resultado) e desvalor da ação”.⁵⁸ Defende-se aqui, pois, que o Direito Penal e Processual Penal pode ser também usado, com parcimônia, para preencher aquela

⁵⁴ OLIVEIRA JUNIOR, Gonçalo Farias de. **Ordem Econômica e Direito Penal Antitruste**. 2ª edição. Curitiba: Juruá, 2009. 316p. Coleção Biblioteca de Estudos Avançados em Direito Penal e Processual Penal.

⁵⁵ Ibidem, p. 141.

⁵⁶ FERRARI, Eduardo Reale. **Legislação penal antitruste: Direito Penal Econômico e sua aceção constitucional**. Direito e Democracia (ULBRA), Canoas/RS, v. 6, n. 2, p. 287-524, 2005 Disponível em: <<http://www.realeadvogados.com.br/opinioes/edu.pdf>> Acessado em 27 de abril de 2015, p. 9.

⁵⁷ SUTHERLAND, Edwin Hardin, apud NEVES, Eduardo Viana Portela. **A atualidade de Edwin H. Sutherland**. In: Inovações no Direito Penal Econômico – Contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas. SOUZA, Artur de Brito Gueiros (org.). Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2011.

⁵⁸ Ibidem. Um simples exemplo é a posição que o Supremo Tribunal Federal tem quanto à aplicação do princípio da insignificância para o crime de descaminho (R\$ 10.000,00) e para o furto de pequeno valor (R\$ 100,00). Esse entendimento não objetiva por nada a proporcionalidade na aplicação do princípio. Seus motivos são inteiramente administrativo-fiscais, envolvendo interesses estatais de conveniência e eficácia administrativa.

lacuna em sede do Direito Administrativo Sancionador. Assim, alguns princípios típicos e normas estruturantes de caráter penal são assumidos, com certas alterações, por este, dentre os quais se cita a presunção de inocência, a pessoalidade da sanção, a individualização das sanções aplicadas, o devido processo legal, e o direito ao contraditório e à prova.⁵⁹

Finalmente, vê-se que o direito administrativo, tal como o direito penal, tem a missão de equalizar as garantias e os direitos fundamentais dos acusados e efetivamente aplicar os comandos normativos a fim de proteger a ordem econômica, sendo evidente a convergência entre as duas esferas para a contenção de lesões à ordem econômica, em especial, o cartel.

2.3. A dificuldade de detecção do cartel e a importância de um mecanismo mais adequado para sua persecução

Ora, os delitos sofisticaram-se, os criminosos também. O cartel faz parte dos delitos cujos prejuízos tomam grande proporção econômica e social, que afetam bens coletivos ou supraindividuais, de natureza econômica, abarcados tanto pelo Direito Penal Econômico quanto pelo Direito Administrativo Sancionador, e cometidos por pessoas associadas – por meio de empresas ou mesmo informalmente –, pertencentes a altos níveis sociais ou socioeconômicos, ou inseridas em cargos de confiança. Para conter essas lesões, protege-se constitucionalmente a ordem econômica, dispondo-se sobre a intervenção estatal na economia, o desenvolvimento econômico, a proteção de bens e serviços, e a cadeia produtiva do mercado, desde a produção até o consumo, atribuindo-se ao Penal e ao Administrativo, inclusive, o poder sancionador nesse âmbito econômico.

Não há dúvida quanto à relevância dessa tarefa. A análise dos possíveis carteis deve ser feita mediante uma atuação firme das autoridades, e com instrumentos adequados e efetivos à disposição delas para investigar e punir tais práticas contra a ordem econômica.

Pelo lado do direito processual penal e seus comandos, procura-se estabelecer métodos de apuração da verdade material quanto à existência do fato típico e a atribuição de sua autoria, além de critérios que permitam a aplicação de uma sanção justa e razoável em relação à conduta cometida.⁶⁰ Nessa análise, segundo Considera e Duarte, as cortes criminais baseiam suas decisões a partir predominantemente de evidências diretas, enquanto as cortes

⁵⁹LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **A Prova na Ação de Improbidade Administrativa**. In: A Prova no Direito Processual Civil: Estudos em homenagem ao professor João Batista Lopes. Olavo de Oliveira Neto, Elias Marques de Medeiros Neto, e Ricardo Augusto de Castro Lopes (coord.). 1ª ed.. São Paulo: Editora Verbatim, 2013, p. 532-533.

⁶⁰MAIA, Carlos Rodrigo Fonseca Tigre. **Tutela penal da ordem econômica: o crime de formação de cartel**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2008, p. 26-28.

administrativas são mais predispostas a aceitar evidências econômicas.⁶¹ Nesse sentido, o padrão de prova seria menor no âmbito administrativo sancionador que na esfera penal. De fato, o CADE admite que a dimensão de responsabilidade atrelada aos âmbitos jurídicos penal, cível e administrativo acaba por dar tratamentos distintos à prova em cada um daqueles.

Ainda assim, a verdade buscada pelo tribunal administrativo referido aproxima-se cada vez mais daquela investigada no âmbito penal, mas falha em sua eficácia. Com efeito, o Judiciário tornou-se um grau recursal vulgarmente utilizado para os inconformados com as decisões exaradas pelo Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, desmerecendo o poder decisório deste.⁶² Essa conclusão é consequência natural dos padrões distintos de suficiência de prova para uma condenação no Direito Administrativo Sancionador e no Direito Penal (Econômico, no caso).

A começar pela rigidez na busca da verdade no âmbito penal. Segundo Neves e Castro,⁶³ a prova é o “meio pelo qual a inteligência chega à descoberta da verdade”. É assim que ocorre no processo penal, onde o magistrado não pode ficar satisfeito com a verdade formal, devendo esgotar todos os meios e fontes de prova possíveis para atingir a verdade real dos fatos⁶⁴. Dessa forma, se alguma dúvida, contradição ou obscuridade persiste mesmo depois da instrução probatória, o juiz deverá determinar diligências para a apuração da verdade.

Nesse sentido ainda, Ada Pellegrini menciona Odete Medauar, jurista segundo a qual a instrução processual tem como objetivo a “busca da verdade, de conhecimento mais preciso dos fatos, de coleta de informações para a decisão correta”.⁶⁵

Asér Campos e Asér Campos Junior seguem o mesmo caminho, propondo que a prova procura evidenciar a verdade de um fato, para que o juiz a aprecie, seja o fato controvertido ou não. Para eles, a verdade seria o contrário do falso (CAMPOS, JUNIOR, 1984, p. 21). Seguem ainda o entendimento de que a prova é constituída de meios, essência, e convencimento.

⁶¹CONSIDERA e DUARTE, apud PRAXEDES, Renata Rodrigues. **Valoração de Prova na Condenação de Carteis: O Mercado de revenda de combustíveis**. Revista do IBRAC, v. 19, n. 22, jul./dez., 2012, p. 341–353.

⁶²PRAXEDES, Renata Rodrigues. **Valoração de Prova na Condenação de Carteis: O Mercado de revenda de combustíveis**. Revista do IBRAC, v. 19, n. 22, jul./dez., 2012, p. 341–353.

⁶³NEVES E CASTRO, Francisco Augusto. **Teoria das Provas e suas aplicações aos atos civis**. Atualização ortográfica da 2ª ed. da obra, editada em 1917. Campinas: Servanda, 2000, p. 32.

⁶⁴MORAIS, de Paulo Heber de, e LOPES, João Batista. **Da Prova Penal – Teoria e Prática**. Campinas: Julex Livros Ltda., 1978, p. 33.

⁶⁵MEDAUAR, Odete, apud GRINOVER, Ada Pellegrini. **Direito à Prova no Âmbito Administrativo**. In Provas: aspectos atuais do direito probatório. NEVES, Daniel Amorim Assumpção (coord.). São Paulo: Editora Método, 2009, p. 6.

A opinião de Gilberto Silvestre, no entanto, dá-se no sentido oposto. Segundo ele, o juiz emite uma decisão, não uma verdade⁶⁶. Bem destaca Rubens Casara, em deflagrando o mito da imparcialidade do Ministério Público no Processo Penal Brasileiro, que a busca da verdade real legitima práticas inquisitoriais e que por vezes gera abusos estatais⁶⁷. Tal mito traduz-se em uma conclusão utilizada no discurso das decisões judiciais, não demonstrada e fundada, segundo Casara, sobre crenças. A fim de ilustrar o tema, cita-se José Eduardo Agualusa, autor de romance no qual se questiona em um sonho: “De quantas verdades se faz uma mentira?”.

Mesmo as provas científicas são compostas com um pequeno elemento de dúvida, e fornecem apenas uma aproximação da verdade. A partir das observações feitas em torno de um teorema matemático, o último Teorema de Fermat, e de suas diferenças em relação às teorias científicas, Alexandre Freitas Câmara constata que não existem certezas ou verdades absolutas na ciência.⁶⁸ Em seu estudo sobre a perícia genética, acrescenta ainda que essa constatação não tira do exame de ADN (ou DNA) o seu valor probatório; apenas evidencia seu lugar, como importante elemento de formação do convencimento do juiz.⁶⁹

Finalmente, Francisco Rosito indica que essa controvérsia insere-se também na discussão sobre o que deve ser o objeto de prova. Nesse sentido, a doutrina majoritária afirma que, em não sendo possível provar a veracidade ou falsidade dos fatos – exame que só poderia ser feito no momento de sua verificação –, o objeto de prova não será diretamente os fatos ocorridos no passado, mas as afirmações controvertidas sobre eles.⁷⁰

O afastamento da busca da verdade suscitou indagações no sentido de que o convencimento do juiz voltar-se-ia à certeza. Esse posicionamento de uma parte da doutrina foi criticado, pois a “certeza” seria atributo exclusivamente do sujeito que investiga a coisa, e não do objeto da prova.⁷¹ Mittermayer define a prova como o “complexo dos motivos

⁶⁶FACHETTI, Gilberto Silvestre. In: Processo, verdade & justiça: estudos sobre a prova judicial. Margareth Vetis Zaganelli. (Org.). 1ª ed., v. 1. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 75-96.

⁶⁷CASARA, Rubens. **O mito da imparcialidade do Ministério Público no Processo Penal Brasileiro: o desvelamento necessário**. In: Escritos transdisciplinares de criminologia, direito e processo penal: homenagem aos mestres Vera Malaguti e Nilo Batista. PEDRINHA, Roberta Duboc, FERNANDES, Márcia Adriana (orgs.) [ilustrações J. Batista]. 1ª ed., Rio de Janeiro: Revan, 2014, p. 935-944.

⁶⁸SINGH, Simon apud CÂMARA, Alexandre Freitas. **A Valoração da Perícia Genética**. In Provas: aspectos atuais do direito probatório. NEVES, Daniel Amorim Assumpção (coord.). São Paulo: Editora Método, 2009, p. 15-16.

⁶⁹Ibidem, loc. cit.

⁷⁰ROSITO, Francisco. **Direito Probatório: as máximas de experiência em juízo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 33.

⁷¹TARUFFO, Michele apud ROSITO, Ibidem, p. 47.

produtores da certeza”.⁷² Nesse sentido, tem-se também o italiano Giovanni Carmignani, citado por Guglielmo Sabatini, segundo o qual “prova é tudo aquilo que serve a dar crédito aos fatos e imprimir nestes o caráter de certeza”.⁷³

Francisco Augusto das Neves e Castro admite que a certeza é um problema insolúvel inclusive para filósofos ainda hoje.⁷⁴ É incabível, para ele, deliberar quanto a prática de um ato apenas depois da obtenção de uma certeza metafísica, pois dessa forma aquela nunca ocorreria. Adiciona ainda que o que as leis permitem é que os juízes determinem a existência de um fato ao reunir “as condições que tornem sua consciência segura com relação objeto”.⁷⁵

Consequentemente, após o predomínio da “certeza” no processo e as inúmeras críticas quanto a esta, entendeu-se que o convencimento seria resultado das probabilidades dos fatos, na medida em que o juiz, em meio a representações hipotéticas dos fatos contrapostas pelas partes, busca estabelecer o grau de fundamento daquela afirmação sobre o fato a partir dos dados que lhe estão disponíveis. Não se trata aqui de uma lógica quantitativa: afirmar-se-á que uma afirmação é mais provável que a outra.⁷⁶

Hermez Zaneti Jr., estudando o direito probatório, a lógica e o processo, aponta uma relação crescente de “certeza” para o processo, segundo a qual “provável é mais do que verossímil, e verossímil é mais do que verdade possível”.⁷⁷

Urge diferenciar a verossimilhança da probabilidade, que comumente têm sido tratadas como sinônimos. A probabilidade indica o resultado obtido a partir da análise dos meios de prova produzidos no processo, enquanto a verossimilhança representa um juízo que prescinde da produção dos meios de prova e se baseia naquilo que normalmente acontece. O que se vê nos fatos é uma verossimilhança, uma aparência de verdade. A probabilidade trata-se de um convencimento sobre fatos e situações.

Cabe esclarecer que o estudo caminhará sempre nesse sentido, focando o Direito Administrativo Sancionador como âmbito de punição aos carteis, mas preenchendo, com parcimônia, as lacunas daquele com normas e discussões quanto à valoração das provas na

⁷²MITTERMAYER apud MORAIS, de Paulo Heber de, e LOPES, João Batista. **Da Prova Penal**. Campinas: Julex Livros Ltda., 1978, p. 15.

⁷³Tradução livre do excerto: “Prova è tutto quello che serve a render fede dei fatti ed imprimere ad essi il carattere della certezza”. CARMIGNANI, Giovanni apud SABATINI, Guglielmo. **Teoria delle Prove nel Diritto Giudiziario Penale**. Catanzaro, 1909, p. 42.

⁷⁴NEVES E CASTRO, Francisco Augusto. **Teoria das Provas e suas aplicações aos atos civis**. Atualização ortográfica da 2ª ed. da obra, editada em 1917. Campinas: Servanda, 2000.

⁷⁵NEVES E CASTRO, Francisco Augusto. **Teoria das Provas e suas aplicações aos atos civis**. Atualização ortográfica da 2ª ed. da obra, editada em 1917. Campinas: Servanda, 2000, p. 32.

⁷⁶ROSITO, Francisco. **Direito Probatório: as máximas de experiência em juízo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 47.

⁷⁷ZANETI JR., Hermes. **Direito Probatório, Lógica Jurídica e Processo**. In Provas: aspectos atuais do direito probatório. NEVES, Daniel Amorim Assumpção (coord.). São Paulo: Editora Método, 2009, p. 194.

sessa penal econômica. Não se considerou relevante, para fins deste, aprofundar mais as distinções de standard probatório entre ambas as esferas do poder punitivo; entendeu-se que no caso são suficientes as considerações já feitas, no sentido que o rigor da prova no direito penal é superior àquele no direito antitruste; que o standard probatório menor deste confere tratamentos diferentes à prova nas esferas penal, cível e administrativa; e que, apesar dessas diferenças, o direito antitruste tem procurado aproximar-se cada vez mais daquela verdade investigada na esfera penal, e dos critérios desta para aplicação de uma sanção justa e razoável aos agentes infratores.

É importante mencionar, sobre a análise feita anteriormente quanto a essa busca da verdade, isto é, sua desmistificação em sede do direito penal, que ela é perfeitamente aplicável ao direito administrativo sancionador. Isto é, o standard de prova do Direito Antitruste deve ser construído de forma semelhante: um raciocínio lógico que, a partir das provas produzidas, convence o juiz acerca da alta probabilidade dos fatos do processo. A valoração das provas, no entanto, parte importantíssima no processo, só acontece na última etapa do procedimento probatório. Todo o conjunto de provas deverá ser analisado, para que o juiz então redija os motivos de sua decisão, a partir dos elementos dos autos que considerou determinantes para o resultado.⁷⁸

Assim, o standard de prova do direito antitruste será construído com um raciocínio lógico a partir dos meios de prova no processo, com o escopo de formar – e motivar – o convencimento do juiz quanto à alta probabilidade dos fatos reconstruídos no processo. Ambas as cortes dependem de regras determinadas para nortear tal processo de convencimento, inclusive aquelas que indicam como utilizar os meios de provas disponíveis. A aproximação entre os âmbitos referidos têm sido vista, por exemplo, na aceitação, por parte de ambos, das evidências indiretas; mesmo o entendimento do STF quanto à aceitação de indícios na esfera criminal tem sido lido e aplicado ao contexto do antitruste, para uma valoração mais precisa das provas nos processos de competência deste.

Conforme o entendimento da atual jurisprudência antitruste brasileira, ela, a valoração probatória, será feita a partir do sistema de persuasão racional, ou livre convencimento motivado. Este explica que o julgador aprecia as provas para “formar seu convencimento sobre a veracidade dos fatos, atendo-se às que julgar mais convenientes”.⁷⁹ A convicção deve ser extraída, pois, das provas produzidas, atendendo, como indica Francisco

⁷⁸PRAXEDES, Renata Rodrigues. **Valoração de Prova na Condenação de Cartéis: O Mercado de revenda de combustíveis**. Revista IBRAC, ano 19, v. 22, julho-dezembro, 2012, p. 341-354.

⁷⁹SANTACRUZ apud GABAN, Eduardo Molan, e DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito Antitruste**. 3. ed.. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 167-169.

Rosito, “aos fatos estabelecidos, às regras jurídicas, às regras da lógica, e às regras da experiência”.⁸⁰ Uma parte da doutrina diz que apesar de ser o juiz quem irá ratificar o acordo, o destinatário da prova é o processo, pois é dele que se poderá extrair uma fundamentação objetiva e racionalizada. Em outro sentido pensa Moacir Amaral dos Santos, segundo o qual o destinatário da prova é o juiz, devendo aquela “produzir no espírito do juiz o convencimento sobre os fatos articulados no processo”.⁸¹

O princípio do livre convencimento motivado parte do pressuposto que o importante é a motivação do juiz na sua aferição probatória. Assim, o magistrado tem o poder de valorar a prova sem estar restrito a valores previamente estabelecidos em lei. Entretanto, apesar de, pelo princípio do livre convencimento, a valoração poder ser feita livremente, a conclusão a que chega o juiz somente pode ser considerada correta quando resistir a uma crítica lógica. Nesse sentido, somente é motivada uma decisão quando efetivamente há a exposição dos meios racionais de produção da decisão. Nesse sentido, a motivação do juiz assume um papel importante no processo decisório do juiz, pois racionaliza as provas, criando uma coerência lógica entre a conclusão do juiz e as provas juntadas aos autos.⁸²

O processo lógico dá-se por meio de um raciocínio, um movimento de pensamento que gera reações individuais e que, por sua vez, a partir da fidúcia e da inquietude, gradualmente estabelecem o convencimento. Não é assim “uma mera associação de ideias, mas um juízo novo cuja validade depende da exatidão da sua assimilação”.⁸³

Para Giovanni Conso e Vittoria Grevi, com esse método, as provas devem levar à exclusão de qualquer outra solução lógica, indicando uma só causa e um só efeito.⁸⁴

O CADE analisa os mais diversos tipos de prova, divididos basicamente entre provas documentais, provas testemunhais, e as provas obtidas em inspeções – principalmente as colhidas em sede de busca e apreensão. Independentemente do tipo de prova, elas decorrem majoritariamente de indícios que, à luz da ordem econômica, indicariam alguma conduta prejudicial à concorrência. O processo lógico é usado inclusive na valoração de provas indiciárias, como se nota na conceituação de Espínola Filho para o processo presuntivo: “é o

⁸⁰ROSITO, Francisco. **Direito Probatório: as máximas de experiência em juízo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 43.

⁸¹SANTOS, Moacir Amaral dos, apud CAMPOS, Asér Martins de Souza, e JUNIOR, Asér de Souza Campos. **Breves Anotações sobre a Prova e Erros Judiciários**. 1984, p. 18.

⁸²ROSITO, Francisco. **Direito Probatório: as máximas de experiência em juízo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 43.

⁸³Ibidem, p. 17.

⁸⁴CONSO, Giovanni e GREVI, Vittoria apud MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime Organizado - Aspectos Gerais e Mecanismos Legais**. 2ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2007, p. 263.

expediente lógico desenvolvido pelo juiz, servindo-se de regras de experiência, para chegar à conclusão relativa a um fato desconhecido que se quer provar”.⁸⁵

O Conselho também recorre a meios como a análise econômica do direito, ou mesmo a análise das estruturas do mercado envolvido, para identificar características de certo mercado predisposto à fixação de preços ou de mercado já prejudicado pela cartelização. Nessas análises, a lógica permite que as decisões do juiz promovam uma motivação dialética, no sentido em que levam em consideração até mesmo as provas contrárias para explicar seu convencimento e porque uma prova foi preterida em detrimento de outra.⁸⁶ Ou seja, é totalmente possível que um dos motivos para uma condenação seja a ausência ou baixa probabilidade das explicações econômicas lícitas para um comportamento paralelo entre agentes, como ocorre na teoria do paralelismo *plus*, a ser trabalhado no próximo capítulo.

A aferição gira em torno da racionalidade econômica da prática investigada. Avaliam-se as decisões tomadas pelos agentes econômicos envolvidos, em uma tentativa de chegar a explicações economicamente racionais para seus comportamentos dentro da real dinâmica do mercado em questão.

Ainda no direito concorrencial, Denis Alves Guimarães indica a necessidade de se considerar inclusive a prova econômica, enfatizando o sistema de persuasão racional ou livre convencimento motivado. Ele indica que isso não viola a presunção de inocência ou a regra do ônus da prova, finalizando que “a realidade econômica impõe a necessidade de combater carteis, e para tanto a academia (econômica e jurídica) não deve negligenciar o estudo de um tema como a prova econômica de carteis”.⁸⁷ A prova econômica do cartel somente será considerada válida, no entanto, caso inexista razão econômica para reajuste de preço investigado que não única e exclusivamente a eliminação da concorrência, e caso tal razão seja impassível de explicação sequer pela teoria econômica.⁸⁸

Vê-se, pois, que primeiramente será feito um juízo de inaceitabilidade jurídica da prática investigada, a partir de juízos de possibilidade e probabilidade. Se aquele for identificado, entretanto, só se fará suficiente para o juízo de condenação dos agentes privados

⁸⁵ FILHO, Espínola apud LIMA, Marcellus Polastri. **A Prova Penal**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002, p. 171.

⁸⁶ ROSITO, Francisco. **Direito Probatório: as máximas de experiência em juízo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 60.

⁸⁷ GUIMARÃES, Denis Alves. **Prova econômica e cartéis: reflexões a partir da jurisprudência**. Revista de Direito da Concorrência, CADE. n. 13, Brasília: Iob, jan./mar. 2007.

⁸⁸ GABAN, Eduardo Molan, e DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito Antitruste**. 3. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 167-169.

(baseado em juízo veritativo) em conjunto com a confirmação do envolvimento do agente no cartel.

A convicção do julgador deve ser, assim, formada conjuntamente com outros elementos. Acontece que é ele também que, livremente, valorará as outras provas produzidas na instrução.⁸⁹ Deve-se prezar, para evitar um julgamento por convicção íntima do julgador, pela manutenção dos princípios da garantia do devido processo legal e da judicialização da prova. Não cabe a simples menção de que restou provado o fato do qual a prova deveria dar conta, pois seria uma inversão da motivação da sentença, acolheria qualquer prova produzida, independente de seu valor probatório.⁹⁰

É interessante mencionar a observação que Francisco Rosito faz quanto ao princípio do livre convencimento, qual seja, que ele não diz respeito ao processo norteado por regras lógicas e jurídicas, mas ao resultado, ao convencimento do juiz. Isto é, a liberdade aqui referida não se aplica ao modo de convencer-se, motivo pelo qual a formação do convencimento depende sim de regras determinadas, inclusive no que se refere à utilização dos meios de prova. Do contrário, a aplicação daquele princípio representaria a concessão de poder ilimitado ao juiz para determinar a “verdade” no processo, com resultados possivelmente desastrosos.⁹¹

Danilo Knijnik diz que é certo que se deve ser prudente ao analisar o conjunto fático-probatório. Não merece destaque a discussão sobre a intuição e a pré-compreensão do julgador quando desta análise, pois elas são indissociáveis da convicção judicial. A decisão deverá ser objetivamente justificada, e deve convencer como conclusão devida mesmo aquele juiz que não participou do processo. Assim, uma decisão somente pautada em convicções pessoais seria facilmente derrubada pelo seu controle lógico.⁹²

⁸⁹ COSTA, Fernando José da. **Delação Premiada: Uma prova a ser usada com ressalvas**. In: Consulex Revista Jurídica, v. 18, n. 426, out de 2014, p. 18-19.

⁹⁰ Nesse mesmo sentido, Cláudio Costa menciona a posição do STF, já em 1998, em sede de Habeas Corpus: “STF – 1ª T. - Rel. Min. Sepúlveda Pertence – HC 77.425-6, DJ 25.set.98, p. 12. apud: “A chamada exculpatória do co-réu – ainda que abstraída sua retratação em juízo – é de chapada inidoneidade para lastrear sentença condenatória. Não vale a fundamentação do acórdão condenatório que se limita a afirmar provado o fato de cuja prova deveria dar conta, mormente quando se trate de inverter a conclusão da sentença absolutória recorrida, essa, motivada: é petição de princípio que, a ser válida, serviria para explicar qualquer decisão condenatória, fossem quais fossem as provas acolhidas, o que basta para evidenciar a sua nulidade.” COSTA, Cláudio. **Reflexões sobre delação premiada: processo, prova, ética e história**. In: Escritos transdisciplinares de criminologia, direito e processo penal: homenagem aos mestres Vera Malaguti e Nilo Batista. PEDRINHA, Roberta Duboc, FERNANDES, Márcia Adriana (orgs.) [ilustrações J. Batista]. 1ª ed., Rio de Janeiro: Revan, 2014. p. 265-270.

⁹¹ ROSITO, Francisco. **Direito Probatório: as máximas de experiência em juízo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 46.

⁹² KNIJNIK, Danilo. **Ceticismo fático e fundamentação teórica de um Direito Probatório**. In: _____. Prova judiciária: estudos sobre o novo direito probatório. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 24-25.

A batalha é travada em torno das evidências. As autoridades as analisam verificando sua aceitabilidade ou não, enquanto os réus procuram demonstrar nelas essa mesma aceitabilidade do ponto de vista econômico-racional ou, quando não consegue fazê-lo, argumentam que as condutas não geraram efeitos danosos ao mercado e à livre concorrência.

Nesse sentido, na busca pelo equilíbrio entre a manutenção da segurança e a defesa das liberdades, destaca-se que é indispensável preservar a proteção dos inocentes, ou distinguir estes dos culpados.⁹³ Isto é, o livre convencimento do julgador – tido como a regra dell'oltre ragionevole dubbio – deve se alçar em “critério jurídicos e objetivos na valoração da prova, e a sociedade democrática, sustentada na moral e nos princípios constitucionais, não pode abandonar esses critério” (PEREIRA, 2013, p. 90). E é essa análise dos critérios de valoração da prova que será feita no próximo capítulo.

⁹³PEREIRA, Frederico Valdez. **Compatibilização Constitucional da Colaboração Premiada**. In: Revista CEJ, ano XVII, n. 59, jan./abr., 2013. Brasília: CEJ, 2013, p. 90.

3. VALORAÇÃO DA PROVA

3.1. A valoração como interpretação da realidade manifestada nas provas (linguagem)

A valoração é a última fase do procedimento probatório. É bem verdade que o valor probatório relaciona-se com o nível de convencimento das provas que a autoridade competente deve ver satisfeito para comprovar uma infração anticoncorrencial. Aqui, segundo Renata Praxedes – a qual examina a condenação de carteis no mercado de revenda de combustíveis –, o juiz deverá convencer-se, por meio daquela, da verdade processual. Logo em seguida, “[o juiz] redige a decisão apontando os elementos dos autos mais determinantes para o resultado, cumprindo assim o dever de motivação”.⁹⁴

Segundo Osvaldo Lucas Andrade, o processo probatório conduz à transformação do “caos de sensações que advém das partes envolvidas em um processo, aproximando-se o mais possível de uma certeza impugnável”.⁹⁵ A prova seria um fenômeno, a representação da realidade, não a realidade em si. É uma tentativa de se atingir o fato, sendo este sempre inatingível. A realidade difere-se da linguagem.

É ainda um ato de comunicação, entre um conjunto de informações postas à análise e aquele que as analisa. Nesse sentido, a aproximação entre a realidade e a linguagem ocorre com a interpretação, isto é, a realidade manifestará a si mesma pela linguagem, mas somente poderá ser acessada por meio da interpretação.⁹⁶

Dellepiane aplica à prova um método reconstrutivo, que utiliza elementos lógicos para comprovar fatos a partir da observação de “coisas, fatos ou seres do passado”.⁹⁷ Para ele, a prova é o próprio “método de investigação ou determinação dos fatos”.⁹⁸

Essa técnica coaduna-se com os estudos de alguns autores sobre a prova penal. De acordo com Paolo Tonini e Marcellus Polastri Lima, o juiz decide-se com base em um silogismo, isto é, valora o fato histórico, premissa menor reconstruída por meio da prova, verificando se ele se adequa ou não à premissa maior, a norma penal incriminadora.⁹⁹

⁹⁴ PRAXEDES, Renata Rodrigues. **Valoração de Prova na Condenação de Carteis: O Mercado de revenda de combustíveis**. Revista do IBRAC, v. 19, n. 22, jul./dez., 2012, p. 341–353.

⁹⁵ ANDRADE, Osvaldo Lucas. **Número e Fenômeno: Impossibilidade e Necessidade da Certeza no Processo Probatório**. In Processo, Verdade e Justiça – Estudos sobre a Prova Judicial. ZAGANELLI, Margareth Vetis (coord.). Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 223-244.

⁹⁶ Ibidem, p. 228-229.

⁹⁷ DELLEPIANE, Antonio. **Nova Teoria da Prova**. Tradução da 5ª ed. argentina por Erico Maciel. São Paulo: Editora Minelli, 2004, p. 45.

⁹⁸ Ibidem, loc. cit.

⁹⁹ TONINI, Paolo apud LIMA, Marcellus Polastri. **A Prova Penal**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002, p. 6-7.

A prova, por si mesma, não comprova nada. Prevalece, aqui, o princípio da relatividade das provas.¹⁰⁰ E é por isso que tem tanta importância o sujeito que as interpreta, que as valora. Da mesma forma, o valor probatório é obtido a partir de um processo de interpretação, que deve ser alçado por regras, a fim de que as provas não sejam “interpretadas” com sentido diverso daquele com o qual elas foram produzidas, uma vez que um feitiço nesse sentido seria uma utilização das provas, e não sua interpretação.¹⁰¹

A interpretação das provas sempre partirá, é claro, do texto literal da lei e da Constituição Federal. Aqui se começa uma interpretação mínima. Entretanto, as leis que dispõem sobre os cartéis fornecem poucos elementos objetivos para a valoração da prova. Assim, por vezes ela é avaliada de forma diversa dependendo do órgão que a julga. Trata-se de um erro. Ainda que a interpretação da prova caiba ao julgador, resta óbvio que, nas palavras de Osvaldo Andrade, “nem tudo é atribuição de sentido e valor, nem todas as interpretações são aceitáveis”.¹⁰² Bem por isso surgem indagações quanto ao valor adequado dado a algumas provas trazidas em investigações de possíveis cartéis, quais sejam, a prova testemunhal e as provas direta e indireta (inclusive no que concerne à sua insuficiência e consequente análise em conjunto das provas), a prova do paralelismo de condutas (na medida em que é insuficiente, analisa-se a aplicação do paralelismo *plus* e a validade das provas indiciárias como elemento *plus* desta teoria), e, finalmente, a colaboração premiada (analisada sua aplicação quando da insuficiência do paralelismo *plus* para embasar uma condenação).

A própria jurisprudência do CADE indica que a constatação do cartel exige a comprovação da materialidade da conduta. Segundo a Conselheira Ana Frazão, trata-se de uma conduta por objeto, que demanda um padrão de prova específico.¹⁰³ Para atingir esse padrão e formar seu convencimento, por sua vez, as autoridades brasileiras antitruste não encontram limites quanto às fontes de prova utilizáveis, ressalvadas as provas ilícitas.¹⁰⁴ Ora, para demonstrar a existência de acordos colusivos, a literatura entende que se deve avaliar todas as provas disponíveis, tanto as provas diretas quanto as provas indiretas, justamente por

¹⁰⁰MORAIS, Paulo Heber de, e LOPES, João Batista. **Da Prova Penal – Teoria e Prática**. Campinas: Julex Livros Ltda., 1978, p. 20.

¹⁰¹ANDRADE, Osvaldo Lucas. **Número e Fenômeno: Impossibilidade e Necessidade da Certeza no Processo Probatório**. In *Processo, Verdade e Justiça – Estudos sobre a Prova Judicial*. ZAGANELLI, Margareth Vetis (coord.). Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 231.

¹⁰²Ibidem, p. 235.

¹⁰³CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Voto Vogal (Com Retificação) – Versão Pública, Conselheira Ana Frazão. Processo Administrativo n.º 08012.011142/2006-79. p. 6. Disponível em: <http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?6FaC8_hjzwNSL-4pSZBnKq70N69D1rZs8lGAfahk4MMaAum0SIInrlvZFAYQ3zNPd3OC8s-XbAAokfTdDK0dZQ,,> Acessado em 13 de junho de 2015, p. 248-262 (no documento eletrônico).

¹⁰⁴GILBERTO, André Marques. **O processo antitruste sancionador: aspectos processuais na repressão das infrações à concorrência no Brasil**. São Paulo: Lex Editora S.A., 2010, p. 165.

conta da “vantagem estratégica” dos membros do cartel em relação à autoridade antitruste, “sob pena de solapar a efetividade e o correlato efeito dissuasório das investigações”.¹⁰⁵

As provas diretas são obtidas sem o auxílio de nenhum fato externo, ou por meio do conhecimento próprio da consciência, ou com o subsídio dos sentidos, como bem menciona Neves e Castro.¹⁰⁶ De acordo com a Superintendência-Geral do CADE,¹⁰⁷ elas podem ser documentos que comprovem a existência de acordo material entre agentes econômicos.

É comum que os participantes do cartel dissimulem a existência de provas diretas do conluio, justamente para impedir o trabalho das autoridades antitruste, as quais, sabendo disso, tendem a assumir provas indiretas, visto que estas constituem meios importantes para se demonstrar a existência de um acordo ilícito entre agentes.¹⁰⁸ Menciona-se, inclusive, que as provas diretas podem ser apenas fragmentos ou documentos esparsos, o que evidencia a necessidade de aplicar a interpretação também a elas a fim de que se obtenham provas do cartel.

O uso da prova indireta, por sua vez, é inclusive feito pelo Departamento de Justiça dos Estados Unidos, responsável pela persecução criminal do cartel na sua jurisdição. Diz ele que quase sempre é necessário inferir os conluios a partir do comportamento dos agentes envolvidos na conspiração, obtendo-se provas indiretas suficientes para demonstrar o arranjo de intenções antitruste. Assim, uma de suas decisões sugere que deve ser aceita a inferência de acordos colusivos a partir de provas indiretas que indiquem a alta probabilidade de que a conduta investigada resultou de uma ação concertada.¹⁰⁹

A prova indireta exige um maior trabalho a fim de se chegar à verdade, ao menos, aparente. A SG/CADE menciona como exemplos de prova indireta, inferências lógicas, análises econômicas, e deduções, feitas a partir de fatos e indícios, os quais comprovam a conduta anticoncorrencial quando não há nenhuma outra explicação plausível para o comportamento dos acusados.¹¹⁰

A ProCADE segue o mesmo raciocínio, afirmando que o indício permite, a partir dele, a indução ou dedução de uma conduta infrativa, tendo seu valor probatório aumentado

¹⁰⁵CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Nota Técnica n.º 190/SG**. Processo Administrativo n.º 08012.003931/2005-55, p. 17. Disponível em: <http://www.anticartel.com/materias/docs/parecer_cade_MAIO_2013.pdf> Acessado em 30 de maio de 2015, p. 17.

¹⁰⁶NEVES E CASTRO, Francisco Augusto. **Teoria das Provas**. Atualização ortográfica da 2ª ed., editada em 1917. Campinas: Servanda, 2000, p. 90.

¹⁰⁷Op. cit., loc. cit.

¹⁰⁸Ibidem.

¹⁰⁹KOVACIC, W.E.; MARSHALL, R.C.; MARX, L.M.; WHITE, H.L. apud CADE, op. cit., p. 18.

¹¹⁰CADE, op. cit., loc. cit.

quando seu teor é confirmado por meio de outras provas juntadas aos autos do processo. Dessa forma, os indícios deverão ser investigados à luz de critérios igualdade e proporcionalidade, baseados na regra da razão, a fim de se concluir se houve ou não ofensa aos bens jurídicos protegidos pela norma.¹¹¹

Nesse sentido, segue o raciocínio afirmando que é possível a condenação de carteis a partir de provas indiretas, mencionando alguns casos na jurisprudência dos Estados Unidos e da Comissão Europeia como referencial. Até porque mesmo as provas indiretas são diretas no que tange ao que for imediatamente provado – uma efetiva comunicação por e-mail entre concorrentes sobre produtos de certo mercado relevante, por exemplo – e indiretas em relação ao que não for imediatamente comprovado – que a comunicação ocorreu no âmbito de um conluio entre aqueles agentes.

Os métodos interpretativos para sua obtenção são, por sua vez, a dedução e a indução, os quais dirão se da prova obtém-se o fato probatório por meio de explicações (dedução) ou como evidência empírica (indução).¹¹²

Segundo Neves e Castro, o fundamento da dedução é a verdade absoluta; a dedução ocorre quando, a partir do conhecido, de ideias primárias e princípios supremos de que temos conhecimento, caminha-se de raciocínio em raciocínio para compreender o desconhecido, ou para, com probabilidade, “julgar deduzir o desconhecido dos conhecidos”.¹¹³ O método indutivo, por sua vez, permite julgar “prováveis os fatos desconhecidos pela existência dos conhecidos”.¹¹⁴ Para Neves e Castro, a indução funda-se em uma verdade hipotética. A isto, ao resultado do processo lógico quanto à existência do fato foi atribuído o nome jurídico de presunções,¹¹⁵ constituindo modalidade de prova indireta juntamente com os indícios.

3.1.1. O valor probatório dos indícios

Como já visto anteriormente, ambos os “tipos” de cartel – *hardcore* ou difusos – são ilícitos pelo objeto, não se analisando, em um primeiro momento, seus efeitos positivos. Raramente, no entanto, as autoridades dispõem já de provas para a simples constatação da

¹¹¹CADE – Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência. ProCADE – Procuradoria Federal - CADE. **Parecer ProCADE n.º 32/2007**. Processo Administrativo n.º 08012.002493/2005-16. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000319211303.pdf> Acessado em 10 de junho de 2015.

¹¹²NEVES E CASTRO, Francisco Augusto. **Teoria das Provas**. Atualização ortográfica da 2ª ed., editada em 1917. Campinas: Servanda, 2000, p. 91 (nota de rodapé).

¹¹³Ibidem, p. 92.

¹¹⁴Ibidem, loc. cit.

¹¹⁵MARQUES, José Frederico apud MORAIS, de Paulo Heber de, e LOPES, João Batista. **Da Prova Penal – Teoria e Prática**. Campinas: Julex Livros Ltda., 1978, p. 178.

formação de cartel; o que lhe está disponível normalmente são indícios da existência do conluio.

Essa discussão provoca um standard probatório diverso entre a prova de um fato e o indício da ocorrência de um fato. A prova de um fato requer a análise de um conjunto probatório muito mais robusto de premissas em comparação ao requerido para que se considere existente um indício de que o fato ocorreu.

Os indícios são, pois, circunstâncias que auxiliam na investigação de um fato. Conforme o disposto no artigo 239 do Código de Processo Penal, indício é “a circunstância conhecida e provada que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias”. No entanto, Hernando Devis Echandía pontua que o indício é uma prova de difícil valoração; para conferir-lhe, pois, a qualidade de prova plena, é necessária a aplicação do máximo rigor crítico.¹¹⁶ Tal como referenciado no processo penal, para o indício a prova será uma indução que o juiz faz a fim de se convencer da existência do fato histórico e das circunstâncias em que este ocorreu.¹¹⁷ Campos e Campos Junior indicam que a prova indiciária é

uma prova de puro raciocínio, é ela aceita no direito quando, não podendo ser a verdade diretamente constatada pelo juiz, vê-se ele na contingência de estabelecer uma relação de causa e efeito entre certos fatos conhecidos e o fato contestado.¹¹⁸

Esse referido gênero de prova – indício – foi adotado pelo processo civil brasileiro, o qual lhe dá inferior valor se comparado às outras provas. No processo penal, tem o mesmo valor das outras provas – pensamento este que o presente estudo acredita que o direito antitruste deva adotar. Ela pressupõe o exercício da razão na investigação da existência dos fatos. Procura-se, a partir do conhecido, isto é, de regras de experiência ou normas científicas,¹¹⁹ firmar um fato desconhecido.¹²⁰ A presunção, ao contrário de outras provas, não gera uma verdade ou uma certeza, mas a dúvida.¹²¹ Assim, não basta uma só presunção, mas sim um conjunto suficiente delas para que o julgador firme seu entendimento.

¹¹⁶ECHANDÍA, Hernando Devis. **Compendio de la Prueba Judicial**. Vol. II. Anotado y Concordado por Adolfo Alvarado Velloso. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni Editores, 2000, p. 272.

¹¹⁷TONINI, Paulo apud LIMA, Marcellus Polastri. **A Prova Penal**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002.

¹¹⁸CAMPOS, Asér Martins de Souza, e JUNIOR, Asér de Souza Campos. **Breves Anotações sobre a Prova e Erros Judiciários**. 1984, p. 59-60.

¹¹⁹LIMA, op. cit., p. 167.

¹²⁰NEVES E CASTRO, Francisco Augusto. **Teoria das Provas**. Atualização ortográfica da 2ª ed., editada em 1917. Campinas: Servanda, 2000, p. 579.

¹²¹Ressalte-se que aqui não entram as presunções legais, como diz Vicente Greco Filho: “o objeto de prova, referida a determinado processo, são os fatos pertinentes, relevantes e não submetidos à presunção legal”. FILHO, Vicente Greco apud LIMA, op. cit., p. 7.

Da mesma forma, Neves e Castro¹²² e Elvio Fassoni¹²³ estabelecem que elas devam ser graves, precisas e concordantes. Este último indica que, a fim de que possam fundamentar uma decisão, as provas indiciárias devem ser coerentes entre si e convergentes para um ponto comum, qual seja, o fato que elas pretendem demonstrar¹²⁴. Da mesma forma, segundo Asér de Souza Campos Junior e Asér Martins de Souza Campos¹²⁵, os juízes têm apreciado as presunções por meio dos precedentes, acolhendo aquelas que são graves e deixadas ao seu arbítrio e prudência.

Entretanto, José Frederico Marques pontua que os indícios por si só não são meios de prova¹²⁶. Puglia, por sua vez, observa que não prospera a crítica de outros autores no que se refere ao valor probatório da prova indiciária, uma vez que esperam algo desta que na realidade é impossível de se obter na maioria dos casos: a prova verdadeira e legítima. Até porque não existe hierarquia entre as provas penais. Nesse sentido, concluem Moraes e Lopes que é inquestionável o valor da prova indiciária, “sempre que inexistirem outros meios de se provar a infração e a autoria” (MORAIS, LOPES, 1978, p. 179). Assim, resta claro que os documentos fragmentados, esparsos, as declarações, têm sim um papel decisivo nas investigações de carteis, crimes de colarinho branco e crime organizado, uma vez que em geral serão os únicos elementos de que disporão as autoridades para constatar a existência das condutas criminosas.

Luiz Fernando Schuartz constata o poder daqueles para a instauração de um processo. Afirma que da mesma forma em que, na prova de uma infração pelo seu objeto, os argumentos que o façam excluir, como pouco plausíveis, outras explicações racionais que tenham sido suscitadas para negar a hipótese de ilícito concorrencial,

a constatação de indício no mesmo sentido requer somente que esta seja uma hipótese racionalizável, vale dizer, que a atribuição ao agente da intenção anticompetitiva não pressuponha, da parte dele, um comportamento economicamente irracional. A eliminação das explicações alternativas para a motivação econômica subjacente a uma conduta prova que a conduta tem por objeto o efeito que a lei considera lesivo ao interesse público e é necessária para a condenação de alguém por infração à ordem econômica; por outro lado, o caráter racionalizável da explicação que lhe atribui a

¹²²NEVES E CASTRO, Francisco Augusto. **Teoria das Provas**. Atualização ortográfica da 2ª ed., editada em 1917. Campinas: Servanda, 2000, p. 590.

¹²³FASSONI, Elvio. **L'Utilizzazione degli Atti, la Valutazione della Prova**. In: Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura – Incontri di Studio sul Nuovo Codice di Procedura Penale – Relazioni e Contributi. v. 1, novembro de 1988 – junho de 1989, p. 516-542. Disponível em: http://www.csm.it/quaderni/quad_27.pdf> Acessado em 31 de maio de 2015.

¹²⁴MORAIS, de Paulo Heber de, e LOPES, João Batista. **Da Prova Penal – Teoria e Prática**. Campinas: Julex Livros Ltda., 1978, p. 181.

¹²⁵CAMPOS, Asér Martins de Souza, e JUNIOR, Asér de Souza Campos. **Breves Anotações sobre a Prova e Erros Judiciários**. 1984, p. 17.

¹²⁶MARQUES, José Frederico apud MORAIS, LOPES, op. cit., p. 178.

motivação anticompetitiva assegura o indício da existência da infração 'em razão do objeto' e – junto com os indícios de poder de mercado, é condição suficiente para a instauração do processo.

[...]

Para se provar que a conduta é uma infração, porém, o que se exige juridicamente da autoridade é que a inferência a suportar a decisão condenatória conduza, racionalmente, a uma conclusão que satisfaz o standard de prova aplicável ao caso. Para ficarmos no mesmo exemplo, a exigência é que o juízo condenatório se apresente como a conclusão de uma inferência em que o nexo causal entre conduta e aumento significativo no risco de produção do efeito lesivo seja constatado com um grau de certeza correspondente ao standard de prova.¹²⁷

No entanto, existe atualmente uma grande aceitação dos juízes quanto aos indícios como prova artificial completa e plena que justifique também a condenação, caso haja uma convergência daqueles. Não existindo valor fixo para os indícios, no entanto, cabe ao juiz apreciá-los no caso concreto, o que o próprio Mittermeyer reconhece como um perigo, essa liberdade de ampla ação apreciatória do juiz (MITTERMEYER apud CAMPOS, JUNIOR, 1984, p. 60).

Os indícios, os quais constituem prova artificial ou circunstancial, além de prova indireta, têm sido usados nesse sentido, para excluir qualquer hipótese favorável ao réu. Campos e Campos Junior reúnem algumas decisões do século passado em que já se encontra um posicionamento favorável ao uso dos indícios como prova suficiente para autorizar a condenação. Diz-se que, quando os indícios são concludentes e estão em recíproco apoio à exclusão de todas as hipóteses favoráveis ao réu, são base suficiente para sustentar uma condenação em desfavor deste.¹²⁸

É esse o entendimento do STF, cuja jurisprudência consolida a constatação de que os indícios são, com as necessárias ressalvas,¹²⁹ meios de provas, sendo sim suficientes para a

¹²⁷ CADE – Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência. **Voto do Conselheiro Luiz Fernando Schuartz.** Processo Administrativo n.º 08012.002493/2005-16. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000319211303.pdf> Acessado em 10 de junho de 2015, p. 15-16.

¹²⁸ CAMPOS, Asér Martins de Souza, e JUNIOR, Asér de Souza Campos. **Breves Anotações sobre a Prova e Erros Judiciários.** 1984, p. 59.

¹²⁹ Quando fortes, seguros, indutivos e não contrariados por contraindícios ou por prova direta. Cf. HC 97781, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 26/11/2013, Acórdão Eletrônico: DJe-051 Divulgado em 14 de abril de 2014. Publicado em 17 de abril de 2014. Nesse sentido, cita-se trecho da ementa da Ação Penal n.º 481, cujo relator foi o Ministro Dias Toffoli: “Fraude eleitoral que tem sido comumente praticada em nosso País, cometida, quase sempre, de forma engenhosa, subreptícia, sutil, velada, com um quase nada de risco. O delito de corrupção via de regra permite que seus autores, mercê da falta de suficiente lastro probatório, escapem pelos desvãos, em manifesta apologia do fantasma da impunidade, e com sério e grave comprometimento do processo eleitoral. Bem por isso, vem se entendendo que indícios e presunções, analisados à luz do princípio do livre convencimento, quando fortes, seguros, indutivos e não contrariados por contraindícios ou por prova direta, podem autorizar o juízo de culpa do agente.” Cf. AP 481, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 08 de setembro de 2011, Acórdão Eletrônico: DJe-127. Divulgado em 28 de junho de 2012. Publicado em 29 de junho de 2012.

elucidação dos fatos,¹³⁰ e podendo inclusive servir de fundamentação para a condenação,¹³¹ caso sejam suficientes para a formação da livre convicção do julgador, e desde que não sejam um indício-suspeita – *notitia criminis* – ou uma prova colhida somente em procedimento não submetido ao contraditório.¹³² Nesse sentido, afirmam seus Ministros que os indícios, admitidos no sistema de articulação de provas (art. 239 do CPP), “valem por sua idoneidade e pelo acervo de fatores de convencimento”,¹³³ tendo “força condenatória, pois, coerente e logicamente, indicam a autoria com uma dose de razoabilidade bem marcante”.¹³⁴ O ministro Cezar Peluso, ao julgar o Agravo de Instrumento n.º 759292/RS, cita parte da doutrina para falar que, da mesma forma que o ser humano não consegue chegar à verdade senão por argumentos probatórios indiretos, na esfera criminal os indícios não podem ser ignorados, para evidenciar pontos como o nexo de causalidade, uma vez que os criminosos, com inteligência, prudência e cautela, têm dificultado cada vez mais o acesso das autoridades à prova direta.¹³⁵

Apesar do seu uso legitimado inclusive pelo STF, resta clara também a falibilidade dos indícios como lastro condenatório, com todas as suas ressalvas e “poréns”. Assim, caso

¹³⁰Cf. HC 97781, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 26 de novembro de 2013, Acórdão Eletrônico: DJe-051 Divulgado em 14 de abril de 2014. Publicado em 17 de abril de 2014.

¹³¹Nesse sentido, destaca-se trecho de acórdão do Ministro Luiz Fux: “Devo anotar que, na seara do Direito Processual Penal, o princípio do favor rei não ilide a possibilidade de utilização de presunções hominis ou facti, pelo juiz, para decidir sobre a procedência do ius puniendi. Esta Turma já admitiu a legalidade de **condenação lastreada em prova indiciária**, em acórdão assim ementado: **CONDENAÇÃO - BASE. Constando do decreto condenatório dados relativos a participação em prática criminosa, descabe pretender fulminá-lo, a partir de alegação do envolvimento, na espécie, de simples indícios.** (HC 96062, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 06/10/2009, DJe-213 DIVULG 12-11-2009 PUBLIC 13-11-2009 EMENT VOL-02382-02 PP-00336)” Cf. HC 111294 MC, Relator(a): Min. LUIZ FUX, julgado em 27 de março de 2012, Processo Eletrônico: DJe-065, Divulgado em 29 de março de 2012, Publicado em 30 de março de 2012. Julgou-se nesse mesmo sentido no HC n.º 111.666, Relator: Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 08 de maio de 2012. Acórdão Eletrônico: Dje-100. Divulgado em 22 de maio de 2012. Publicado em 23 de maio de 2012.

¹³²“Como bem salientou o Eminentíssimo Ministro Joaquim Barbosa em voto proferido no HC 83.348/SP: (...) Deveras, ‘Como **indícios** deve ser entendido o resultado de uma operação lógica levada a efeito pelo órgão julgador, que parte de um fato provado (e com observância do contraditório), e a partir dele retira uma conclusão lógica’, sendo que ‘os **indícios** a que se refere o artigo 239 do CPP podem e devem servir de fundamento para condenação, desde que suficientes para a formação da livre convicção do órgão julgador, o que não se aplica ao ‘indício-suspeita’ e tampouco àquela prova colhida no âmbito exclusivo de procedimento administrativo não submetido ao contraditório, de que é exemplo o inquérito policial’ (SOUZA, Sérgio Ricardo e SILVA, Willian. Manual de Processo Penal Constitucional: pós-reforma de 2008. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 480). O próprio CPP (art. 239) e a jurisprudência da Suprema Corte admitem, com as necessárias ressalvas, os **indícios** como meio de prova. Cf. **ARE 757876/ES - ESPÍRITO SANTO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA Julgado em 01 de agosto de 2013. Processo Eletrônico: DJe-150, Divulgado em 02 de agosto de 2013, Publicado em 05 de agosto de 2013.**

¹³³Cf. AI 759292/RS – Rio Grande do Sul. Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, julgado em 29 de junho de 2009, Acórdão Eletrônico em Dje-144. Divulgado em 31 de julho de 2009. Publicado em 03 de agosto de 2009.

¹³⁴Ibidem.

¹³⁵Ibidem.

sejam considerados insuficientes por si só para embasar uma condenação, e em não sendo a verdade possível de ser constatada pelo juiz, serão um elemento a mais importante para se deduzir a existência de fatos desconhecidos, eliminando, no caso da criminalidade econômica, qualquer explicação econômico-racional para os fatos investigados dentro de uma conduta paralela entre agentes ou pessoas, encaixando-se, aqui, à teoria do paralelismo *plus* que será então abordada, para preencher esta provável insuficiência daqueles para a condenação dos carteis.

Também pelo método indutivo, pode-se chegar às regras de experiência – ou máximas de experiência –, pelas quais conexões entre acontecimentos vividos no passado constituem uma base vivencial que será aplicada a casos posteriores. A ideia básica aqui é a de que, “sob determinadas condições, se repetem como consequência os mesmos fenômenos” (MORAIS, LOPES, 1978, p. 188). No mesmo sentido, Marcellus Polastri Lima diz que “a casos similares corresponde um idêntico comportamento humano”.¹³⁶

Nota-se nas referidas máximas, enquanto proposições abstratas, um alto grau de probabilidade, o qual se vincula ao número e rigor de observações referentes aos casos observados.¹³⁷ Não é regra jurídica, quanto menos um fato; trata-se de regra geral e abstrata que vincula fatos e normas jurídicas,¹³⁸ e que, de acordo com Francisco Rosito, “servem para determinar a probabilidade da existência ou inexistência do fato *probando*”.¹³⁹

Elvio Fassoni indica que as máximas da experiência servem para mediar o processo indutivo de busca consensual da verdade, que se dá no processo. Este consenso, por sua vez, origina-se do

mecanismo inferencial que permite a extensão do saber de uma forma não empírica. E a fórmula de extensão desse saber por uma via indutiva é, notadamente, do particular ao geral por meio da mediação de um universal. Este universal recebe o nome de máxima ou regra de experiência, e é constituído de uma série de leis científicas ou empíricas. [...] o universal deve ser individuado também a propósito da prova histórica, representativa ou direta. E o consenso deve se formar com base na regra adotada para enunciar um juízo de credibilidade, que permita passar da preposição enunciada pelo declarante ao resultado de prova, isto é, à afirmação da verdade em tal proposição.¹⁴⁰

¹³⁶LIMA, Marcellus Polastri. **A Prova Penal**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002, p. 169.

¹³⁷ROSITO, Francisco. **Direito Probatório: as máximas de experiência em juízo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 79.

¹³⁸Ibidem, p. 85.

¹³⁹Ibidem, p. 87.

¹⁴⁰Tradução livre da seguinte assertiva: “mecanismo inferenziale che permette l'estensione del sapere in forma non empirica. E la formula di estensione del sapere in via indutiva è, com'è noto, dal particolare al generale attraverso la mediazione di un universale. Questo universale prende il nome di massima d'esperienza o regola, ed è costituito da una sorta di legge scitencifica o empirica. [...] l'universale deve essere individuato anche a proposito della prova storica, rappresentativa, o diretta. Ed il consenso deve formarsi sulla regola adottata per

Ora, as máximas auxiliam o juiz na estruturação dos indícios e fatos para que ele chegue a resultados de prova, e, por conseguinte, a uma decisão. Sabendo-se, no entanto, que essas regras de experiência existem no inconsciente do magistrado, adverte-se do fato de que podem não se desvincular das convicções íntimas ou da cultura em que aquele se encontra inserido. Bem por isso, Fassoni, indica que aquele consenso universal aplicado à valoração não pode basear-se em “regras de experiência subjetivas ou equívocas, ou ainda, frutos de culturas particulares e circunscritas” [tradução livre].¹⁴¹

Rui Cunha Martins adverte dos riscos da aplicação das máximas da experiência. Segundo ele, o sistema probatório abarca dois mecanismos, uma maquinaria processual das convicções e uma maquinaria processual das expectativas; ainda que em regra só o primeiro deva ser considerado para fins de valoração, acredita o autor que este acaba por contagiar aquele.¹⁴² Enquanto as convicções são contaminadas por evidências vindas de dentro do campo jurídico, as expectativas ocorrem a partir de movimentos de evidência vindos de fora da fronteira jurídica.

A expectativa, pois, parte do real e estima este como campo de experiência, selecionando aquilo que se pode presumir como expectável e compreendendo, além disso, a vontade de preenchimento dessa expectativa,¹⁴³ o que pode resultar na parcialidade do juiz ao valorar a prova, e acabar por contaminar seu convencimento.

Não obstante essas considerações, tais máximas são muito utilizadas no campo da prova indiciária. A exemplo da leniência. Num acordo destes, é usual que sejam juntados aos autos pautas de reuniões, e-mails esparsos, documentos referentes a licitações. Nada um destes, por si só, constata a existência do cartel ou sequer sua autoria. Acontece que a autoridade antitruste observa ao longo de seus anos de atuação, em muitos casos, uma ligação peculiar entre a conduta, os autores, e o *modus operandi* do cartel, de modo que o conteúdo dos documentos seguem alguns padrões já observados em condutas cartelizadas anteriores, o que pode, a partir da análise lógica das provas e da aplicação das máximas de experiência, demonstrar a grande probabilidade de que tenha ocorrido o conluio entre agentes.

enunciare um giudizio di credibilità, che permetta di passare dalla preposizione enunciata dal dichiarante al risultato di prova, e cioè all'asserzione della verità di tale proposizione”. FASSONI, Elvio. **L'Utilizzazione degli Atti, la Valutazione della Prova**. In: Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura – Incontri di Studio sul Nuovo Codice di Procedura Penale – Relazioni e Contributi. v. 1, novembro de 1988 – junho de 1989, p. 516-542. Disponível em: http://www.csm.it/quaderni/quad_27.pdf> Acessado em 31 de maio de 2015.

¹⁴¹Ibidem. Tradução livre de excerto do referido artigo do autor.

¹⁴²MARTINS, Rui Cunha. **O Ponto Cego do Direito – The Brazilian Lessons**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 51.

¹⁴³Ibidem, p. 54-55.

Ademais, segundo Devis Echandía, as máximas de experiência também fazem as autoridades confiarem na veracidade das declarações prestadas por testemunhas, não porque sempre se encaixam na realidade, mas por se considerar mais prováveis sua sinceridade e veracidade do que o ânimo daquelas de enganarem o juiz.¹⁴⁴ Acontece que essas máximas somente serão aplicadas, segundo aquele autor, quando as testemunhas não tiverem interesse no deslinde do processo, o que normalmente não é o que ocorre.

Ora, as investigações das condutas aqui em foco – carteis – iniciam-se por vezes com uma denúncia. É o que ocorreu no âmbito do CADE, com o Processo Administrativo n.º 08012.011142/2006-79, conhecido também como Cartel do Cimento. Sabe-se, ademais, que a Administração Pública pode obter fontes de prova por meio de monitoramento de mercados, obtenção de informações por terceiros, e a obtenção de informações por parte das empresas e pessoas físicas envolvidas no conluio.¹⁴⁵ Essas declarações de terceiros, em especial, de testemunhas, juntamente com as denúncias referidas acima, no entanto, têm um valor probatório limitado segundo as autoridades antitrustes.

No cartel referido acima, a Conselheira Ana Frazão, em seu voto vogal, diz que o depoimento do próprio denunciante é interessado e comprometido, contendo valor suficiente para iniciar uma investigação, mas não para formar o convencimento do juiz acerca da condenação de uma pessoa natural – no caso em questão –, ou sequer para reforçar o conjunto indiciário presente nos autos do processo. Isto porque os requerimentos e representações que provocam a instauração de um processo são formulados por terceiros que comumente têm interesses diretos no processo, jurídicos ou econômicos.¹⁴⁶

O Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior, em seu voto vogal no mesmo processo, afirma que o depoimento do denunciante deve ser valorado no conjunto probatório, por possuir conexão lógica com os outros meios de prova obtidos na fase instrutória.¹⁴⁷ Em seguida, afirma que há sim a presunção, como já dito acima, de que denunciante e testemunhas falaram a verdade em suas declarações, sob pena de responsabilização pessoal.

¹⁴⁴ECHANDÍA, Devis apud VARELA, Casimiro A.. **Valoración de la prueba. Procedimientos civil, comercial y penal**. 2ª ed. atualizada e ampliada, 3ª reimpressão. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, p. 261.

¹⁴⁵NETO, Amadeu de Souza Ferreira. **Programa de Leniência e a Lei 12.529/2011: Avanços e desafios**. In Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional – RIBRAC. Ano 19, n. 22, julho-dezembro, 2012. CORDOVIL, Leonor (coord.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 147.

¹⁴⁶GILBERTO, André Marques. **O Processo Antitruste Sancionador – Aspectos Processuais na Repressão das Infrações à Concorrência no Brasil**. São Paulo: Lex Editora, 2010, p. 177.

¹⁴⁷CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Voto Vogal do Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior. Processo Administrativo n.º 08012.011142/2006-79. 531 pg. Disponível em: <http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?SkONKeKapqrBv2Tt7GYaty_hE5PfDsgYm_alzIQXBtX6HYX8vMR154ZcXOLPd6i22giNfmXMED4ZKNXYTOvLTQ> Acessado em 13 de junho de 2015, p. 77-78 (do documento eletrônico).

Confere às partes, pois, o ônus de provar que o denunciante faltou com a verdade ou mesmo especificar qual era o interesse deste em distorcer os fatos narrados.

Diz ainda que o vínculo – pretérito ou presente – do denunciante ou da testemunha com as Representadas não invalida os depoimentos prestados; na verdade, é justamente esse vínculo que conferiria confiabilidade aos depoimentos, e não parcialidade. No caso em questão, a participação desses cidadãos no mercado de cimento e concreto os qualificava para esclarecer os fatos investigados.

Ora, a prova testemunhal é muito frequente no processo penal e no processo administrativo sancionador, e tem por dever esclarecer questões quanto aos fatos ligados ao processo. A sua força probatória, segundo Mittermayer, é dada pelo juiz, após analisar cuidadosamente a individualidade do testemunho, comparar suas características particulares “sob aspectos físicos e morais com seu continente e suas palavras perante a justiça”.¹⁴⁸

Até mesmo os impedidos e suspeitos podem testemunhar; aqui, seus depoimentos são tomados sem a exigência de se falar a verdade e, por isso, a autoridade tem a liberdade de atribuir ao depoimento o valor que bem entender.¹⁴⁹ Consequentemente, a decisão não pode ser motivada com base unicamente nas afirmações obtidas pela prova testemunhal.

Bem por isso, a jurisprudência dos Tribunais Superiores deixa transparecer um entendimento pacificado quanto ao que parece ser a única regra atual objetiva no que se refere à valoração probatória dos testemunhos suspeitos, dos indícios, ou mesmo da chamada de corréu, no sentido de que suas declarações sempre serão analisadas juntamente com todo o conjunto probatório nos autos.

A doutrina também louva tal regra, inclusive no âmbito do processo penal. Paulo Heber de Moraes e João Batista Lopes repetem que as provas penais têm valor relativo, e devem ser analisadas conjuntamente para formar a convicção do juiz.¹⁵⁰

Danilo Knijnik, ao estudar a prova judiciária à luz do novo Direito Probatório, cita Jerome Frank e sua analogia entre interpretação musical e interpretação jurídica. Quanto àquela, Frank observa que a melodia de uma composição musical representa um “todo” único,

¹⁴⁸Tradução livre de trecho do MITTERMAYER apud VARELA, Casimiro A.. **Valoración de la prueba. Procedimientos civil, comercial y penal**. 2ª ed. atualizada e ampliada, 3ª reimpressão. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, p. 269.

¹⁴⁹GILBERTO, André Marques. **O Processo Antitruste Sancionador – Aspectos Processuais na Repressão das Infrações à Concorrência no Brasil**. São Paulo: Lex Editora, 2010, p. 177-178.

¹⁵⁰MORAIS, de Paulo Heber de, e LOPES, João Batista. **Da Prova Penal – Teoria e Prática**. Campinas: Julex Livros Ltda., 1978, p. 52.

e não uma soma de suas notas musicais. Aplica-a então à decisão judicial, afirmando que os fatos devem ser vistos como um todo, e não como a soma das provas contidas nos autos.¹⁵¹

Por todo o exposto até o momento, entende-se pela evidente fragilidade da prova indiciária, por conta da falta de elementos objetivos na legislação para promover sua avaliação, e da consequente e perigosa liberdade ampla de apreciação daquelas pelo juiz. Isto porque mesmo um processo de interpretação não pode ser carente de critérios claros. A análise de todo um conjunto probatório de indícios com “prudência e cautela” ainda assim deixa o processo valorativo à mercê de um magistrado vinculado à convicções íntimas ou regras de experiências criticáveis, pois são permeadas não só de convicções do juiz, mas também de expectativas, que compreendem, ademais, a própria vontade de preenchimento desta expectativa, e termina por contaminar o convencimento.

A regra referida, de análise em conjunto das provas obtidas, é ao menos um mínimo constrangimento do convencimento do juiz, juntamente com a obrigatoriedade de justificação da decisão e o próprio exercício da motivação, teoricamente entendidos como controle *a posteriori*.¹⁵²

Um conjunto de fatos, no entanto, mesmo após uma profunda análise, pode indicar tão somente um paralelismo de condutas,¹⁵³ um comportamento semelhante entre agentes, onde normalmente um agente com maior poder de mercado toma uma decisão, por exemplo, aumenta seus preços, e a fim de se manter a concorrência os outros *players* do mercado o seguem naquela decisão, aumentando também seus preços. Nesse caso, como se verá adiante, será necessário aplicar uma teoria do direito antitruste denominada Teoria do Paralelismo Plus, para que seja possível condenar os agentes do conluio.

3.1.2. A eficaz (?) aplicação do Paralelismo Plus

O paralelismo representa um comportamento de concorrentes que agem similarmente um ao outro, que adotam uma mesma política comercial (como preços, condições de venda,

¹⁵¹ FRANK, Jerome. Say it with music. 1947-8, p. 927, apud KNIJNIK, Danilo. **Ceticismo fático e fundamentação teórica de um Direito Probatório**. In: Prova judiciária: estudos sobre o novo direito probatório. KNIJNIK, Danilo (coord.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 13.

¹⁵² MARTINS, Rui Cunha. **O Ponto Cego do Direito – The Brazilian Lessons**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 16.

¹⁵³ Nesse sentido, cita-se a Averiguação Preliminar nº 08012.010626/2010-87 e o Processo Administrativo nº 08012.001119/2000-91; este restou arquivado pela falta de provas diretas ou inferências que indicassem que o paralelismo comportamental observado decorreu de acordo entre os agentes investigados; além da Averiguação Preliminar nº 08012.012116/1999-50, arquivada pela impossibilidade de confirmação dos indícios de um suposto cartel no mercado de revenda de combustíveis, por motivos tais como o esgotamento de todos os meios ao alcance da SDE para a obtenção de provas.

financiamento, fórmulas de preços, formas de entrega, qualidade dos produtos, etc.).¹⁵⁴ Isso decorre da máxima no direito concorrencial de que os agentes econômicos agem racionalmente e egoisticamente, visando o seu lucro.

Essa conduta paralela por si só não tem relevância no âmbito concorrencial, muito menos indica a existência de acordo, pois é fruto da racionalidade econômica individual de cada um dos agentes naquele mercado (como o *price leadership*). Seriam, assim, reações idênticas de agentes econômicos concorrentes quando deparados com um mesmo conjunto de fatos econômicos. Conforme explica Paula Forgioni, esse fenômeno recebe o nome de paralelismo consciente, e ocorre com maior frequência em um mercado com menor número de agentes.¹⁵⁵

A Suprema Corte dos Estados Unidos entendeu, pois, que é necessário demonstrar o paralelismo **mais** algo, a fim de se indicar uma possível ação concertada entre agentes. Em um mercado com um alto número de *players*, por exemplo, a adoção de comportamentos similares aos dos demais participantes é improvável, pois em grande parte dos casos há um incentivo muito maior em se comportar de forma desviante a dos outros. Nesse sentido, em uma situação dessas, a ocorrência de um paralelismo de conduta é praticamente uma evidência do cartel.

Cita-se Turner, segundo o qual a verificação da licitude de uma conduta dá-se quanto à existência de paralelismo acrescido de evidência de que não há explicação racional para a ação, salvo na presença de um acordo.¹⁵⁶

A doutrina do “paralelismo mais” vem justamente para dispor sobre esse elemento adicional que qualifica a conduta como ilícito concorrencial, juntamente com um paralelismo não suficientemente explicável por qualquer teoria racional-econômica.¹⁵⁷ Nesse sentido, segundo Ivo Teixeira Junior, com essa teoria “não é necessário se provar a existência de um acordo ou de um mecanismo explícito de coordenação de preços para a configuração do ilícito”,¹⁵⁸ considerando-a inclusive como o melhor instrumento analítico atual disponível para diferenciar os carteis do mero paralelismo de condutas. Este estudo não concorda com o posicionamento daquele autor, na medida em que, como se verá a seguir, o paralelismo *plus* não é especificamente um meio de se obter novas provas ou indícios do conluio, mas apenas

¹⁵⁴GICO JUNIOR, Ivo Teixeira Gico. **Cartel – Teoria Unificada da Colusão**. São Paulo: Lex Editora, 2007, p. 310.

¹⁵⁵FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**. 6ª ed. revisada e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 347.

¹⁵⁶TURNER apud GICO JUNIOR, op. cit., p. 310-311.

¹⁵⁷GICO JUNIOR, op. cit., p. 315.

¹⁵⁸Ibidem, loc. cit.

um “modo de olhar”, um método interpretativo diverso da linguagem das provas, que conta por vezes com um conjunto probatório insuficiente para ser analisado e, em muitas situações, também insuficiente como lastro condenatório.

A primeira vez em que houve uma menção àquela teoria no ordenamento jurídico brasileiro ocorreu no âmbito do Processo Administrativo n.º 08000.015337/94-48, popularmente chamado de Cartel do Aço, onde se definiu que um aumento simultâneo de preços era uma conduta paralela entre agentes econômicos, não racionalmente explicável a não ser no contexto de um cartel, por conta do elemento *plus*, no caso, uma reunião ocorrida entre os representados anteriormente à divulgação dos preços ao público. Segue abaixo sua ementa:

Processo administrativo. 1. Representação contra as empresas Cosipa, Usiminas e CSN por prática de cartel na comercialização de aço plano comum. 2. Infração prevista no art. 20, I, c/c art. 21, I, da Lei nº 8.884/94. (...) 4. Conduta de cartel configurada: paralelismo de conduta **sem explicação racional do ponto de vista econômico e reunião entre os concorrentes anterior ao efetivo aumento de preço**. 5. Imposição de multa mínima de 1% do valor do faturamento no ano de 1996 das representadas CSN, Usiminas e Cosipa, nos termos do artigo 23, inciso I e observando o disposto no art. 11 da Lei 9.021, nos valores de R\$ 22.180.000,00, R\$ 16.180.000,00 e R\$ 13.150.000,00, respectivamente. 6. Determinação de publicação pelas representadas, às suas expensas, de extrato da decisão condenatória, no jornal de maior circulação no Estado da Federação, em que estiver sediada, em meia página, por dois dias seguidos, no primeiro caderno do jornal. 7. Remessa de cópia da íntegra dos autos ao Ministério Público Federal, para, se cabível, requisitar a instauração de inquérito policial ou promover a competente ação penal contra os representantes legais da CSN, Usina e Cosipa. 8. Envio de ofício à SDE para que, concluindo pela existência de indícios de infração à ordem econômica, promova averiguações preliminares ou instaure processo administrativo contra a empresa Mallory S.A..¹⁵⁹

O CADE vem entendendo alguns fatores como sendo aquele elemento *plus* que daria uma base sólida para a constatação do cartel, listados por Ivo Teixeira Junior:

a) reuniões entre concorrentes; b) oportunidades de comunicação; c) existência de um motivo racional para o comportamento coletivo das representadas; d) atitudes contrárias aos próprios interesses das representadas, em função de uma ação coletiva; e) fenômeno de mercado que não pode ser racionalmente explicado a não ser como fruto de ação concertada; f) registros de colusões passadas das representadas em violação ao Direito Concorrencial; g) evidências de encontros entre as empresas ou outras formas de comunicação direta entre os alegados conspiradores; h) utilização de práticas facilitadores de colusão por parte das representadas; i)

¹⁵⁹ _____. CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ementa de Decisão no Processo Administrativo n.º 08000.015337/94-48. Ementa retirada do seguinte sítio eletrônico: <http://nc-moodle.fgv.br/cursos/centro_rec/pag/comentarios/comentarios1/prova_plus.htm> Acessado em 06 de junho de 2015.

características estruturais da indústria que complicam ou facilitam o afastamento da concorrência; j) e fatores de desempenho da indústria que sugerem a dedução de colaboração horizontal.¹⁶⁰

No entanto, a aplicação em abstrato dessa lista tem pouco efeito, na medida em que os fatores adicionais só podem ser determinados a partir da especificidade do processo, e devem ser aplicados somente naquela situação em que é constatado. A aplicação das máximas aqui, a fim de indicar que, pela experiência, tal elemento pode ser considerado o *plus* da teoria referida, não deve ser feita; se aplicada, o será com muita cautela, exigindo-se da mesma forma uma análise rigorosa do possível elemento *plus* à luz do contexto do caso.

Nesse sentido, acusa-se a autoridade de aplicar o paralelismo *plus* por vezes de forma mecânica e descuidada, sem um aprofundamento sobre o “valor relativo de cada fator para o caso concreto e nem uma avaliação ponderada do resultado final agregado”.¹⁶¹

Consequentemente, fica evidente a distorcida aplicação da teoria, uma vez que, se a corte desenvolve uma intuição acerca da existência de cartel, exige menos fatores adicionais ou *plus* (aplicando inclusive as já referidas máximas de experiência, esperando já uma conduta e querendo que essa expectativa seja preenchida); se ela está pendente a acreditar no comportamento unilateral, exige mais fatores para caracterizar a conduta como ilícita. É o que acontece nos processos em que houve a assinatura de uma delação ou leniência, onde o juiz parece aceitar standards de prova mais baixos para constatar o cartel. Essa postura também é criticada por Ivo Teixeira Junior, que argumenta que

o objetivo da análise dos fatores adicionais deve ser sempre descaracterizar, com um grau de segurança jurídica razoável, a presunção de colusão tácita, uma vez identificadas as condições suficientes para o paralelismo dependente; não pode servir meramente para justificar intuições de aplicadores do Direito acerca da suposta realidade, sejam eles técnicos do SBDC, conselheiros do CADE ou juízes.¹⁶²

Questiona-se aqui sobre o uso, na teoria supracitada, das já analisadas provas indiciárias. Ora, diz-se que, quando os elementos adicionais não conseguem comprovar diretamente o cartel, este será verificado a partir das circunstâncias. Ivo Teixeira Junior acredita, no entanto, que as provas destas devem ser diretas e inquestionáveis. Segundo ele, “não se pode utilizar suposições, presunções ou suspeitas de indícios no lugar de provas circunstanciais”.¹⁶³ Eduardo Molan Gaban e Juliana Oliveira Domingues, no entanto,

¹⁶⁰ JUNIOR, Ivo Teixeira Gico. **Cartel – Teoria Unificada da Colusão**. São Paulo: Lex Editora, 2007, p. 368-369.

¹⁶¹ Ibidem, p. 377.

¹⁶² Ibidem, p. 378.

¹⁶³ Ibidem, p. 368.

acreditam que o elemento *plus* pode ser uma prova ou mesmo um indício forte do evento colusivo que ensejou a conduta paralela investigada.¹⁶⁴

Denis Alves Guimarães também tem um posicionamento favorável às provas indiretas como meios suficientes para se concluir a existência de um cartel. Ele entende que aquelas, se observadas isoladamente, podem não convencer a autoridade da existência de um cartel, semelhantemente ao que ocorre com a análise isolada das provas diretas. Apesar disso, a constatação de um ou mais *plus factors* pode promover a condenação dos acusados, pois, em não havendo uma explicação racional para suas condutas, presumir-se-ia a ocorrência de um acordo expresso entre concorrentes.

Assim, segundo Guimarães, da mesma forma que uma alegação razoável de uma explicação racional econômica para o paralelismo de condutas é suficiente para o arquivamento do feito a favor das representadas, a ausência de qualquer dúvida além do razoável quando à ilicitude de tal paralelismo também seria suficiente para a condenação dos agentes, a partir daquela já mencionada presunção de ocorrência do conluio.

Isso ficou claro no caso *American Tobacco Co.*, julgado em 1946 pelo Departamento de Justiça norte-americano (USDOJ), cuja decisão condenou as representadas, apesar de não se ter obtido evidência de trocas de informações – em mensagens ou encontros – ou acordos explícitos entre os agentes. À época, com base no paralelismo de preços, os indícios foram considerados como “provas” suficientes para embasar a condenação dos investigados¹⁶⁵.

Acontece que por vezes sequer a aplicação da referida teoria é eficaz para constatar a existência de um suposto cartel. No Processo Administrativo nº 08012.000677/1999-70, por exemplo, investigou-se um suposto cartel no mercado de serviço de transporte aéreo regular na ponte-aerea Rio de Janeiro – São Paulo. Assim, a SEAE analisou quatro elementos que poderiam justificar um aumento de preços sem a presença de acordo (eram eles: coincidência, liderança de preços, reajuste governamental no teto máximo das tarifas em 10%, e aumento de 10% no custo das empresas). Três deles foram descartados. Isto porque não se conseguiu descaracterizar a liderança de preços, visto que o reajuste de tarifa promovido pela TAM foi rapidamente divulgado ao mercado, para companhias aéreas e agências de turismo, o que permitiu que aquelas seguissem o reajuste pouquíssimo tempos depois. Ora, como mostrado

¹⁶⁴GABAN, Eduardo Molan, e DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito Antitruste**. 3. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 178.

¹⁶⁵Ibidem.

no voto do Conselheiro Relator Thompson Almeida Andrade,¹⁶⁶ o *matching*, configurado pelo acompanhamento das alterações tarifárias pelos concorrentes, é prática comum no setor aéreo, por conta da própria dinâmica do mercado. Além disso, tentou-se considerar como elemento *plus*, no caso, uma reunião ocorrida entre os presidentes das empresas acusadas. Acontece que, ao final da instrução, a SEAE não conseguiu associar a reunião ocorrida com o reajuste nas tarifas promovido pelas Representadas. Consequentemente, determinou-se o arquivamento do processo, pela não configuração do cartel, entendimento seguido pela Conselheira Elizabeth Maria Mercier Querido Farina, apesar de ter restado vencido pela maioria do Conselho.

Situação similar é a do Processo Administrativo n.º 08012.006059/2001-73,¹⁶⁷ onde se concluiu que não havia provas indiretas substantivas que afirmassem, acima de qualquer dúvida razoável, que houve acordo entre as empresas investigadas quanto às variáveis concorrenciais sensíveis naquele caso. Assim, não se falou da impossibilidade de se utilizar provas indiciárias, mas da falta de robustez do conjunto probatório indiciário quanto à simultaneidade das condutas, que impedisse a aplicação de uma explicação racional econômica. O processo foi arquivado, em consonância com os pareceres da SDE, do Ministério Público Federal e da Procuradoria do CADE nos autos do processo em questão.

Similarmente ao que acontece no processo penal (art. 386 do CPP), é certo que o arquivamento de um processo ou absolvição dos acusados é mais “certo” e mais seguro juridicamente quando restar provada a inexistência do fato, sua licitude, ou a não participação do réu na infração. Viu-se que a aplicação do paralelismo *plus* não costuma gerar essas constatações; pelo contrário, o arquivamento dos casos ocorre quando não há prova, ou quando esta é insuficiente para afastar possíveis explicações econômico-racionais ao comportamento paralelo observado, consequentemente insuficiente para condenar as representadas. Por sua vez, quando sua aplicação é suficiente, a condenação ocorre não pela comprovação direta do conluio, mas pelo afastamento de outras explicações legais para os fatos investigados.

Em suma, a partir da investigação conduzida neste capítulo, entendeu-se pela insuficiência dos indícios como lastro condenatório, uma vez que, na ausência de critérios claros para sua valoração, e mesmo analisados em conjunto, podem vir a ser utilizados

¹⁶⁶ CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Voto do Conselheiro Thompson Andrade**. Processo Administrativo n.º 08012.000677/1999-70. 27 pg. 14 de julho de 2014. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000593821675.pdf> Acessado em 16 de junho de 2015.

¹⁶⁷ CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Voto do Conselheiro Vinícius Marques de Carvalho**. Processo Administrativo n.º 08012.006059/2001-73. 25 pg. 23 de fevereiro de 2011. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000586091160.pdf> Acessado em 16 de junho de 2015.

discrecionariamente pela autoridade, sem a devida segurança jurídica e robustez probatória. Da mesma forma, denuncia-se aqui uma aplicação descuidada da teoria do paralelismo *plus*, acontecendo, em alguns casos, de forma mecânica, e em outros, de forma distorcida, na medida em que, no caso de a corte desenvolver ainda no início da investigação uma intuição acerca do cartel, esperando já a constatação desta conduta, exigirá menos fatores *plus* para embasar uma condenação.

Finalmente, pois, lança-se a hipótese de que a aplicação de outro instituto antitruste – a leniência – seria mais eficaz do que os meios anteriormente investigados, inclusive mais do que a aplicação da teoria do paralelismo *plus*, dando mais robustez ao conjunto probatório quando da suficiência desta, e gerando inúmeros outros efeitos positivos quando da insuficiência da referida teoria.

O questionamento que se faz aqui, pois, diz respeito à importância da leniência como elemento de auxílio às autoridades na constatação de um cartel quando nem mesmo a aplicação do paralelismo *plus* produz provas suficientes.¹⁶⁸ Sua assinatura nos processos administrativos tem levado os juízes quase sempre a se decidirem pela condenação dos acusados. A pergunta a se fazer é se isso é decorrência da eficiência e eficácia da colaboração premiada, ou de seu uso arbitrário e excessivo pela autoridade. A doutrina e a jurisprudência verificam sua importância para o combate aos cartéis. Teria assim um valor probatório em si, além da sua função como meio de obtenção de provas que de outra forma nunca chegariam às mãos das autoridades?

¹⁶⁸ Como ocorreu no Processo Administrativo nº 08012.008166/1999-14, onde nem os indícios obtidos em sede de instrução, nem a aplicação do Paralelismo Plus foram suficientes para embasar a condenação do suposto cartel no mercado de revenda de combustíveis, o que resultou no arquivamento do feito.

4. O VALOR PROBATÓRIO DA COLABORAÇÃO PREMIADA

4.1. Modelos adotados na Delação Premiada e na Leniência

A delação premiada e a leniência podem ser resumidas como acordos feitos entre as autoridades competentes e os delatores em potencial, a fim de que estes, em geral, confessem os crimes que cometeram e, principalmente, forneçam ou auxiliem as autoridades na obtenção de outras provas sobre os demais coautores das infrações praticadas, assim como as estruturas criminosas nas quais os delitos foram cometidos. É também definida como o processo pelo qual se faz um acordo que resolverá a ação criminal, sendo satisfatório seja para acusado, seja para o promotor, acordo este que deverá ser analisado e aprovado pelo juiz.¹⁶⁹ Se o auxílio for eficaz, os delatores recebem prêmios, como redução da pena ou mesmo a extinção da punibilidade, em alguns casos de leniência.

A colaboração nos moldes atuais foi “profetizada” pelo jusfilósofo alemão Rudolf von Ihering, quando analisava a política criminal, refletindo sobre a isenção de pena, sanção mínima, manutenção do patrimônio suspeito, dentre outros pontos da premiação a criminosos.¹⁷⁰ Segundo Ihering:

Um dia os juristas vão se ocupar do direito premial. Isso ocorrerá quando, pressionados por necessidades práticas, conseguirem introduzir a matéria premial dentro do Direito, isto é, fora da mera faculdade e do arbítrio e terão de delimitá-lo com regras precisas, nem tanto no interesse do aspirante ao prêmio, mas, e sobretudo, no interesse superior da coletividade.¹⁷¹

A partir de estudos de direito comparado sobre o crime organizado nas mais diversas jurisdições, Cyrille Fijnaut e Letizia Paoli descobriram que a manifestação daquele dentro de uma específica jurisdição resulta do grau de desenvolvimento do país, da sua posição geográfica, da sua composição étnica, e, acima de tudo, depende da força do estado e da integridade de seus cidadãos. Chegaram à conclusão de que, onde o estado era fraco e os oficiais do governo, corruptos, as pessoas envolvidas em atividades criminosas dificilmente seriam obstadas pelos meios legais disponíveis pelas autoridades. Nesse contexto, formas cada vez mais estáveis e estruturadas de crime organizado surgiriam e se infiltrariam extensivamente no sistemas político e econômico daquele país.¹⁷²

¹⁶⁹ HILL, Flávia Pereira. *Plea Bargaining – Uma Incursão no Sistema Processual Penal Norte-Americano*. In: *Temas Contemporâneos de Direito Processual*. João de Almeida, e João Luiz da Silva Almeida (edit.). Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.

¹⁷⁰ MAIEROVITCH, Wálter. *Delação premiada: Desde a profecia de um filósofo alemão em 1800 até a transação de Paulo Roberto Costa junto ao MP*. In: Carta Capital, 27 de setembro de 2014. Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/revista/819/delacao-premiada-4253.html>> Acessado em 14 de abril de 2015.

¹⁷¹ IHERING, Rudolf von, apud MAIEROVITCH, Ibidem.

¹⁷² FIJNAUT, Cyrille, e PAOLI, Letizia. *Organized Crime in Europe – Concepts, Patterns and Control Policies in the European Union and Beyond*. Springer, 2004, assim concluem: “The concrete manifestations of

O Estado procurou então atacar tais estruturas com novas ferramentas de obtenção de prova, dentre elas, a colaboração processual. Por mais que povos passados tenham aplicado por vezes instituto semelhante, sua origem moderna é no direito anglo-saxão, com mecanismos que encorajavam a solução do problema pela negociação entre as partes (*plea bargaining* e *guilty plea*), que exigiam outros elementos probatórios para corroborar a delação (*corroboration*) e que obrigavam o juiz a advertir os jurados dos riscos de uma condenação baseada tão somente nas declarações do corréu (*warning*).

4.1.1. O combate à máfia e o modelo italiano de delação

O instituto é ainda hoje um dos pilares do processo penal em países como a Grã-Bretanha e os Estados Unidos. J. Edgar Hoover, um famoso diretor do FBI, chegou a negar, em 1963, a probabilidade de que existisse qualquer tipo de máfia ítalo-americana. No mesmo ano, porém, um integrante da máfia italiana *Cosa Nostra*, Joe Valachi, deu seu testemunho ao *Kefauver Committee*, comitê liderado pelo Senador Estes Kefauver e dedicado a investigar crimes no comércio interestadual, e disse ao mundo sobre a grande máfia existente também em terras estadunidenses.

Vários integrantes da máfia foram ouvidos à época, e a confirmação das suspeitas das atividades criminosas nos EUA, além do tremendo impacto na percepção pública sobre os acontecimentos, resultou na aprovação pelo Congresso, em 1970, do estatuto RICO - *Racketeer Influenced and Corrupted Organisations*,¹⁷³ o qual fazia parte de uma política de repressão intensa do estado estadunidense à criminalidade que se materializou na *Organized Crime Control Act* de 1970. A norma pretendia eliminar o crime organizado nos Estados Unidos ao fortalecer as ferramentas legais para o processo de obtenção de prova, pelo estabelecimento de novos delitos.¹⁷⁴ Assim, seria maior o número de sanções, e também maior o número de recursos disponíveis para investigá-las.

organized crime in any specific country result, however, from the overall degree of development, geographic position and ethnic composition of the country itself and, above all, the strength of the state and the integrity of its civil servants. Where the state is weak and the government officials corrupt, people involved in criminal activities are unlikely to be badly hampered by the above-mentioned constraints of illegality. Though they may have to deal with the shortcomings of anarchy, more stable and structured forms of organized crime are likely to emerge, with extensive infiltration of the legitimate economy and political system. Where the state is strong and operates under the rule of law, these forms, for the reasons explained earlier, are unlikely to emerge.”

¹⁷³ Ibidem, p. 33.

¹⁷⁴ MONTROYA, Mario Daniel. **Máfia e Crime Organizado – Aspectos legais**. Autoria mediata. Responsabilidade penal das estruturas organizadas de poder. Atividades criminosas. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 197.

A máfia ¹⁷⁵ era o termo generalizado pelo qual originalmente eram conhecidas algumas organizações criminosas específicas na Itália – a Cosa Nostra –, na China – as Triádas –, e no Japão – a Yakuza. Além de serem extremamente populares, ¹⁷⁶ possuíam um grande poder de intimidação, e eram estreitamente ligadas com o poder político, apesar de fazer parte de todo um contexto sociocultural, econômico, moral e histórico. ¹⁷⁷

A fim de tipificar os crimes cometidos pelas organizações criminosas, surgiram algumas legislações, dentre elas, a Lei n.º 497, de 1974, a qual introduziu no ordenamento jurídico italiano a delação premiada; e a legislação antiterrorismo, para combater as Brigadas Vermelhas e posteriormente a Máfia. O decreto-lei n.º 625/1979, depois convertido nas Leis 15/1980 e 304/1982, dispôs sobre as figuras do *pentito* ¹⁷⁸ e do colaborador de justiça. ¹⁷⁹ A ela se seguiu as legislações anti-sequestro, antimáfia, e contra as organizações criminosas, que reconheceram mais alguns direitos aos *pentiti* ¹⁸⁰ e aos *colaboratori della giustizia*.

¹⁷⁵O famoso escritor italiano Leonardo Sciascia conceitou: “[a máfia] é uma associação para a delinquência, com fins de enriquecimento ilícito de seus próprios associados, que se estabelece como intermediação parasitária, imposta por meios de violência, entre a propriedade e o trabalho, a produção e o consumo, o cidadão e o Estado (...). A história da máfia não seria outra senão a história da cumplicidade do Estado, desde os Bourbon aos Savoia até a República, na formação e afirmação de uma classe improdutiva, parasitária.”, SCIASCIA, Leonardo apud RINALDI, Stanislao. **Criminalidade Organizada de Tipo Mafioso e Poder Político na Itália**. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. Ano 6, n. 22, abr.-jun. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 11-25. No entanto, é importante considerar que a máfia já teve inúmeras definições, dentre as quais, “como espelho da sociedade tradicional, com atenção aos fatores políticos, econômicos ou – com maior frequência – socioculturais. Como empresa ou tipo de indústria criminosa; como organização secreta mais ou menos centralizada como ordenamento jurídico paralelo ao Estado, ou como antiestado.” LORENCINI, Álvaro (trad.), História da Máfia: origem aos nossos dias. Apud BITTAR, Walter Barbosa. **Delação Premiada no Brasil e na Itália**. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. Ano 19, n. 88, jan-fev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 225-270.

¹⁷⁶À época da unificação da Itália, a máfia adquiriu um cunho patriótico, ao serem vistas como força de resistência contra os estrangeiros que haviam invadido o país.

¹⁷⁷Em linhas gerais, pode-se definir a máfia como “uma empresa criminosa com fins lucrativos, cujos membros são recrutados por meio de iniciação ou da captação, que recorre à corrupção, à influência e à violência para obter o silêncio e a obediência de seus membros, e daqueles que não o são, para atingir seus objetivos econômicos e garantir os meios para atuar, e que possui, na maioria das vezes, uma história e uma forte implantação sociocultural local, desenvolvendo suas atividades em escala internacional.” MONTROYA, Mario Daniel. **Máfia e Crime Organizado – Aspectos legais. Autoria mediata. Responsabilidade penal das estruturas organizadas de poder. Atividades criminosas**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 3.

¹⁷⁸Literalmente, a tradução do termo seria “arrependido”.

¹⁷⁹SILVEIRA, Rodrigo Mansour Magalhães da, e VAGGIONE, Luiz Fernando. **O crime organizado na Itália e as medidas adotadas para o seu combate**. In: Crime Organizado – Aspectos Processuais. Antonio Scarance Fernandes, José Raul Gavião de Almeida, Maurício Zanoide de Moraes (coords.) - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 232-250.

¹⁸⁰Os *pentiti* são infratores que ou se retiram da associação criminosa antes da condenação e fornecem às autoridades as informações de que dispõem sobre a estrutura e organização daquela, logrando a extinção da punibilidade ou diminuição da pena, ou o fazem antes mesmo da ordem de prisão, a fim da substituição desta por outras obrigações ou impedimentos. Cf. KAWAMOTO, Silva Reiko apud SILVEIRA, Rodrigo Mansour Magalhães da, e VAGGIONE, Luiz Fernando, *Ibidem*, p. 238.

Em especial a partir dos anos 90, promoveu-se muito a utilização dos *colaboratori della giustizia*,¹⁸¹ isto é, vítimas, testemunhas ou mesmo pessoas envolvidas com a máfia italiana – estes, normalmente quando já se encontravam presos – cooperavam com os promotores públicos e autoridades policiais para que estes não só obtivessem informações sobre a máfia¹⁸² e seu *modus operandi*, mas também auxiliassem na coleta de provas de fatos específicos e de indícios de autoria por parte de outros integrantes, conseguindo, com isso, redução da pena, ou substituição da pena perpétua por restritiva de direitos.¹⁸³

Duas confissões muito conhecidas são a dos mafiosos italianos Tomasso Buscetta e Salvatore Contorno, os quais ofereceram às autoridades inúmeras informações sobre os integrantes e os movimentos internos da Máfia, tendo sido decisivas na luta antimáfia. Ora, para uma organização cujo código de conduta é rígido e seguido à risca pelos seus membros, ofender a *omertà*¹⁸⁴ ao falar da máfia nas investigações feitas pelo Estado acabam por abalar de alguma forma a estrutura criminosa.

Para derrubar a máfia ítalo-americana, Estados Unidos e Itália tiveram de unir seus esforços nesse sentido, ao aplicarem a colaboração premiada. Uma vez que o arrependido colaborasse com a justiça, por exemplo, não poderia permanecer no seu circuito. Com efeito, os colaboradores de justiça na Itália aderiam ao Programa de Proteção à Testemunha, que lhes dava uma nova identidade, um trabalho remunerado, uma casa, sempre sob a vigilância do *Marshall Service*, nos Estados Unidos.¹⁸⁵ Falcone havia uma grande preocupação com a

¹⁸¹ A legislação antiterrorista fez algumas distinções entre as figuras do colaborador, do arrependido e do dissociado, que não merecem ser abordadas aqui pela especialidade do tema, não aplicável ao caso ora discutido.

¹⁸² FIJNAUT, Cyrille, e PAOLI, Letizia. **Organized Crime in Europe – Concepts, Patterns and Control Policies in the European Union and Beyond**. Springer, 2004, p. 645.

¹⁸³ KAWAMOTO, Silva Reiko apud SILVEIRA, Rodrigo Mansour Magalhães da, e VAGGIONE, Luiz Fernando. **O crime organizado na Itália e as medidas adotadas para o seu combate**. In: Crime Organizado – Aspectos Processuais. Antonio Scarance Fernandes, José Raul Gavião de Almeida, Maurício Zanoide de Moraes (coords.) - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 238.

¹⁸⁴ Segundo esta lei do código de conduta da máfia, seus integrantes devem atender a uma lei do silêncio, evitando em qualquer circunstância envolver-se nos negócios de outros integrantes, e não apelar à lei ou às autoridades para resolver qualquer conflito, mesmo que tenham sido vítima de algum crime. Caso fossem condenados, mesmo por um crime que não cometeram, deveriam aceitar suas penas e as cumprir sem revelar dados sobre o real autor do crime. Apesar disso, era possível à pessoa vingar-se pessoalmente por algum mal causado a ela mesma ou a um membro de sua família. Aqueles que quebrassem tal código de honra eram considerados covardes, e punidos com morte. Isso justifica as ameaças recebidas por todos os colaboradores e *pentiti* durante o curso dos processos investigatórios.

¹⁸⁵ Após inúmeras ameaças sofridas pelos colaboradores, determinou-se que o promotor que se envolvesse com o testemunho de um colaborador, seria aquele que solicitaria à comissão central do serviço de proteção o devido programa de proteção a este. O programa foi estabelecido pelo Dec-lei n.º 8/1991, depois convertido na Lei n.º 82/1991, e envolvia medidas protetivas, tais quais, mudar frequentemente o colaborador e sua família de residência, e oferecer a ele, além de assistência financeira e novos documentos de identidade, vários benefícios quanto ao regime penal, ou mesmo opções alternativas à prisão. As regras desses programas de proteção, tanto italiano quanto estadunidense, eram muito rígidas, dentre as quais, aquela que exigia que eles frequentassem poucas pessoas, pedissem autorização para ir de um lugar ao outro, ou mesmo o controle do uso do telefone.

proteção dos colaboradores, depois de sua colaboração, tal que eram praticamente exilados ao se incluírem no programa de proteção à testemunha.¹⁸⁶

Os juízes Giovanni Falcone e Paolo Borsellino são vistos como heróis na luta contra a máfia, comandando a maior investigação contra tal organização. Em 1982, inseriu-se o crime de associação criminosa no art. 416-bis do Código Penal Italiano pela Lei *Rognoni-La Torre*, ou lei antimáfia. A partir dela, e dos inúmeros depoimentos de mafiosos, os juízes instauraram, em 1986, o chamado “maxiprocesso”, e conseguiram o inédito feito de condenar a maioria dos réus, dentre eles, alguns *capimafia* (chefes da máfia).¹⁸⁷

Finalmente, várias das normas da colaboração processual foram revistas pela Lei n.º 45/2001¹⁸⁸, em face da alteração do art. 111 da Constituição Italiana, no sentido de restringir um pouco mais o uso do instituto e oferecer maior proteção aos colaboradores. Dentre outras medidas, restou acertado que o colaborador deveria indicar quais de seus bens ele adquiriu de forma ilícita e deveria cumprir ao menos uma mínima parte da sua pena. Adicionalmente, verificou-se a necessidade de contrainterrogar suas declarações durante o julgamento, até para evitar que elas estejam coordenadas a de outras partes interessadas. Observava-se também o caráter inquisitivo e involutivo da condução processual da fase de produção e apreciação das provas.¹⁸⁹

Ainda hoje existe, na legislação italiana, a figura do colaborador, que auxilia a justiça na obtenção de provas decisivas para a individualização da conduta e captura de outros criminosos, ou no fornecimento de elementos de prova úteis para a reconstituição dos fatos e precisão da autoria dos crimes,¹⁹⁰ recebendo, para tanto, uma redução de pena pela metade, ou substituição de pena perpétua pela reclusão de 10 (dez) a 12 (doze) anos.

O sistema italiano conta com um tratamento completo da disciplina do crime organizado, adotando um regime binário, o qual consiste no endurecimento das penas –

¹⁸⁶De fato, em 1997 já se notava um enfraquecimento dos referidos programas, pois as famílias sob sua proteção encontravam-se psicologicamente desequilibradas. Posteriormente, o governo estadunidense alegou que o programa mencionado era apenas um pacto temporário, não uma garantia vitalícia do delator. Com efeito, em meados de 2007, milhares foram despejados de suas casas, desprotegidos e sem o “salário” mensal, sob a justificativa de que haviam descumprido as regras pactuadas no momento do acordo, ou porque as informações prestadas pelo colaborador foram consideradas insuficientemente relevantes para os efeitos do processo. Em suma, os arrependidos agora eram um problema político, e a consequência disso foi um programa ainda mais restritivo, tendo em vista o aumento do número de seus participantes. MONTTOYA, Mario Daniel. **Máfia e Crime Organizado – Aspectos legais. Autoria mediata. Responsabilidade penal das estruturas organizadas de poder.** Atividades criminosas. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 30.

¹⁸⁷BITTAR, Walter Barbosa, e PEREIRA, Alexandra Hagiwara. **Delação Premiada – Direito Estrangeiro, Doutrina e Jurisprudência.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 17.

¹⁸⁸A lei supramencionada pode ser acessada pelo seguinte sítio: <www.camera.it/parlam/leggi/010451.htm>

¹⁸⁹RINALDI, Stanislao. **Criminalidade Organizada de Tipo Mafioso e Poder Político na Itália.** In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. Ano 6, n. 22, abr.-jun. São Paulo: Editora Revista ds Tribunais, 1998, p. 21.

¹⁹⁰GRINOVER, Ada Pellegrini apud GUIDI, José Alexandre Marson. **Delação premiada no Combate ao Crime Organizado.** São Paulo: Editora Lemos E Cruz – Publicações Jurídicas, 2006.

aumento das penas existentes, sem a criação de novos tipos – de um lado, e, do outro lado, a concessão de benefícios aos colaboradores que cumprirem os requisitos exigidos em lei.¹⁹¹ Esse duplo binário também se encontra na fase de execução da pena: uma drástica restrição de possibilidades aos condenados no que se refere à liberação antecipada e medidas cautelares, face a uma concessão de facilidades, para os colaboradores, em obter, por exemplo, revogação ou substituição da custódia por medida menos gravosa. Ele foi ainda além, modernizando e reequipando os órgãos de investigação e persecução, além de coordenar as atividades conjuntas do Ministério Público e da polícia.¹⁹²

Na visão de Frederico Valdez Pereira, logo se percebe que o sistema anglo-americano preocupa-se mais com o grau de credibilidade e com o valor probatório da colaboração, enquanto o direito europeu-continental foca na legitimidade do prêmio com o qual o colaborador é agraciado, além de proteger mais as garantias fundamentais deste.¹⁹³ Essa diferença, segundo ele, provocou mudanças também na atuação do estado perante o crime organizado. O sistema norte-americano mostra que o testemunho do delator tornou-se a principal ferramenta na luta com o crime organizado, o que veio precedido de um aumento da atuação policial e da justiça criminal, e uma maciça resolução de processos por meio da utilização de tal instituto.¹⁹⁴

Por sua vez, os países de tradição romano-germânica continuaram tratando a delação premiada como uma resposta político-estatal à grave criminalidade nas suas jurisdições.¹⁹⁵ A referida postura decorria da necessidade de eficácia no controle aos crimes com alto poder danoso social, pela qual se via a colaboração como uma política criminal. Nesse sentido, outras jurisdições acabaram por adotar o modelo italiano,¹⁹⁶ com aquela mesma finalidade de reforço estatal.

A Itália virou, assim, referência no que constava da relação entre os colaboradores e a justiça, também pela primazia dos princípios da *civil law* no sistema jurídico do país. O sistema processual de verificação dos acordos de colaboração tinha outra postura quanto aos elementos a serem aferidos. Aqui, exigia-se não somente uma credibilidade intrínseca do

¹⁹¹BITTAR, Walter Barbosa, e PEREIRA, Alexandra Hagiwara. **Delação Premiada – Direito Estrangeiro, Doutrina e Jurisprudência**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

¹⁹²GRINOVER, Ada Pellegrini apud ESTORILIO, Jairo Amodio. **Investigação Criminal nos Delitos Empresariais**. Curitiba: Juruá, 2007, p. 150-154.

¹⁹³PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação Premiada: legitimidade e procedimento**. Curitiba: Juruá, 2013, p. 36-39.

¹⁹⁴Ibidem.

¹⁹⁵Ibidem.

¹⁹⁶Por mais que o instituto seja conhecido por sua regulamentação e utilização na Itália já no século XX, desde os tempos da antiga Roma existia uma previsão da colaboração como recurso jurídico. Cf. PEREIRA, op. cit., loc. cit.

relato do declarante, mas uma credibilidade extrínseca, para a qual se analisavam elementos externos às declarações do colaborador. O modelo italiano, assim, impôs limites para a valoração probatória, a utilização, e a validade processual da delação. O Brasil adotou aquele modelo no seu sistema penal, em um primeiro momento optando por prever pura e simplesmente a concessão do benefício ao acusado, com normas muito atrasadas se comparado com aquelas italianas.¹⁹⁷

4.1.2. A experiência estadunidense com seu modelo de leniência

A leniência no Brasil, por sua vez, foi criada a partir do modelo estadunidense deste mesmo instituto, já que as próprias leis antitrustes brasileiras tiveram origem no *Sherman Act*, lei estadunidense de 1890. À época, o excessivo liberalismo gerava muitos incentivos para a atuação e o crescimento de grandes empresas monopolistas, além de carteis em vários setores da economia. O abuso e o excesso de poder econômico – e inevitavelmente político – ameaçavam a livre concorrência, problemas que a nova lei tentava coibir. Posteriormente, em 1914, foi complementada pelo *Clayton Act*, ato que criou, inclusive, a agência antitruste dos Estados Unidos, a *Federal Trade Commission*, em cujos moldes foi também criada a autoridade antitruste brasileira, o CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

A Suprema Corte, em 1954, no caso *Theatre Enterprises, Inc. v. Paramount Film Distributing Corp.*, constatou que o “paralelismo consciente”, ou seja, o simples comportamento oligopolista dos agentes econômicos, reduzindo a competição, não é condição suficiente por si só para se presumir a existência de conluio entre eles. A partir dessas preocupações, o governo estadunidense passou a aplicar a Teoria dos Jogos de dois modos no combate aos carteis. Primeiramente, os comportamentos puníveis seriam não só a coordenação dos agentes, mas também todas as condutas que a facilitaram. Ademais, criou-se a política de concessão de imunidade criminal ao primeiro membro do cartel que delatasse sua existência.¹⁹⁸

Em 1957, foi assinado o Tratado de Roma, um instrumento de integração econômica que estabeleceu a Comunidade Econômica Europeia e adotou a livre concorrência como regra geral. O Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) – *Treaty on the Functioning of the European Union* –, revogou aquele diploma, e dispôs sobre práticas abusivas e anticoncorrenciais em geral em seus art. 101 e 102.

¹⁹⁷ BITTAR, Walter Barbosa, e PEREIRA, Alexandra Hagiwara. **Delação Premiada – Direito Estrangeiro, Doutrina e Jurisprudência**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 260.

¹⁹⁸ GABAN, Eduardo Molan, e DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito Antitruste**. 3. ed.. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 68-69.

No entanto, foram os Estados Unidos os pioneiros em disciplinar o uso do programa de leniência (*US Amnesty Program*), em 1978, como instrumento de repressão aos carteis. Seus propósitos envolviam fazer aumentar as falhas das práticas ilegais de fixação de preço, para um número mais elevado do que aquele obtido na ausência de um programa de leniência, e reduzir o número de carteis formados.¹⁹⁹

Originalmente a anistia era concedida à primeira empresa que delatasse o cartel, antes do início de uma investigação ou mesmo quando não havia previsão de investigação, sempre após uma análise discricionária do Departamento de Justiça para checar se cabia ou não conceder aquela vantagem. No entanto, havia excessivo subjetivismo e discricionariedade em tal análise.²⁰⁰ Os delatores eram desestimulados, pois não havia, até então, condições para que o delator previsse vantagens ou desvantagens no acordo.

Em 1993, o programa foi revisado, e a discricionariedade, não mais aplicada.²⁰¹ Após sua reformulação a *Corporate Leniency Policy* incluía, em preenchidos os requisitos do programa, antes de iniciada a investigação, a concessão automática da anistia à empresa. Aqui, as pessoas físicas que cooperassem com a investigação também receberiam anistia. Caso houve já uma investigação em curso, aí então se observava ainda a submissão da leniência à discricionariedade do Departamento de Justiça. Os casos de leniência cresceram drasticamente depois dessas mudanças.

A partir dessas disposições, o programa de leniência foi adotado pela União Europeia, em 1996, mas com uma lógica um pouco diversa da estadunidense. O *Leniency Notice* consistia na concessão de uma vantagem escalonada às empresas deladoras do cartel. Nesse raciocínio, as primeiras deladoras receberiam uma maior redução da multa, sendo que a redução seria menor se já houvesse uma investigação em curso. As firmas que não fossem as primeiras a tentar assinar a leniência receberiam reduções de multa ainda menores. Para sua eficácia, ele combinava multas altas e o estabelecimento de uma unidade específica especializada no combate aos carteis.

O programa trouxe bons resultados, mas passou por modificações em 2002 para diminuir a discricionariedade da Comissão Europeia e aumentar a possibilidade de se

¹⁹⁹ CONNOR, John M.. **Cartel Amnesties Granted: Worldwide Whistleblowers**. 20 de maio de 2009. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1285469> Acessado em 06 de maio de 2015.

²⁰⁰ BRANCO, Fernando Castelo. **Reflexões sobre o acordo de leniência: Moralidade e eficácia na apuração dos crimes de cartel**. In: Direito penal econômico: crimes econômicos e processo penal. São Paulo: Saraiva, 2008.

²⁰¹ NETO, Amadeu de Souza Ferreira. **Programa de leniência e a lei n.º 12.529/2011: avanços e desafios**. In: Revista do IBRAC – Direito da concorrência, consumo e comércio internacional. Ano 19, n.º 22, jul-dez, 2012. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

conceder anistia plena às empresas. A grande mudança é que agora, se as autoridades ainda não têm provas suficientes do conluio, a primeira empresa delatora gozará de imunidade total. Ademais, a imunidade será dada quando a Comissão puder instaurar uma investigação a partir das provas oferecidas pelo leniente, ou mesmo quando este fornecer evidências suficientes do crime, inclusive detalhando o período de duração do cartel.²⁰²

As empresas que colaborarem com as autoridades após iniciada a investigação devem entregar às agências provas que adicionem valor e informações àquelas já obtidas pela Comissão Europeia, seja no sentido de expandir o escopo da investigação, seja com a entrega de evidências do delito. Aqui, a primeira leniente pode ter uma redução de 30 a 50% da multa, a segunda, de 20 a 30%, e as demais que se seguirem, por sua vez, contarão com uma redução de até 20%.

O *Leniency Notice* de 2006, por sua vez, esclareceu que as evidências fornecidas deveriam ser suficientes para a abertura de investigação especificamente direcionada a constatar o crime de cartel, ou para determinar a existência de alguma outra infração concorrencial. As evidências são entregues às autoridades juntamente com um *Statement*, um documento em que o leniente reconhece voluntariamente os eventos ilegais relativos à investigação de cartel. Existem ainda alguns pontos do programa europeu que não foram resolvidos em 2006, quais sejam, a impossibilidade de negociar a multa com a Comissão, a fim de se encurtar os procedimentos administrativos, a existências de jurisdições múltiplas nas quais podem ser aplicados procedimentos concorrentes diversos, a ausência de interação entre a leniência e as ações de âmbito civil, principalmente as de dano, e o fato de que a Europa não adotou ainda o programa de *Leniência – ou Amnesty – Plus*.²⁰³

Nos Estados Unidos, o Departamento de Justiça baseia-se principalmente no testemunho direto e na *cross-examination* para investigar e punir carteis, deixando as provas documentais, escritas, em um segundo plano. Esse procedimento tem sido seguido pela Comissão Europeia, após a revisão do programa de leniência europeu em 2002.²⁰⁴

²⁰²ODRIOZOLA, Miguel. **The Lawyer's Dilemma: Leniency and Settlement**. In: Private Enforcement of the Competition Law. GILSAN, Javier Gutiérrez, LEDESMA, Carmen Alonso, SÁENZ, Joseba A. Echebarría, SAN PEDRO, Luis A. Velasco, SUÁREZ, Carmen Herrero (editores). 1ª ed., outubro de 2011. Valladolid, Espanha: Lex Nova, 2011.

²⁰³O programa de Leniência Plus baseia-se na possibilidade de uma empresa acusada em uma investigação ou processo em curso fazer um acordo de leniência com a autoridade antitruste para delatar um segundo crime de cartel, diferente daquele outro. Em preenchendo os requisitos do programa, a empresa receberá imunidade no que concerne o segundo crime, e uma redução significativa na multa relativa àquela primeira investigação.

²⁰⁴BUHART, Jacques, e MAULIN, Romain. **Proof in Cartels: State of Play and Perspectives**. In: Concurrences, n.º 4, 2011, p. 51-64. Disponível em: <<http://awa2012.concurrences.com/academic/article/proof-in-cartels-state-of-play-and>> Acessado em 06 de maio de 2015.

As diferenças entre os programas, no entanto, ainda são muitas. No programa europeu, por exemplo, se forem vários os líderes do cartel, nenhum pode assinar acordo de leniência, o que é totalmente possível nos Estados Unidos. Estes, no entanto, sujeitam as pessoas físicas envolvidas no cartel ao pagamento de multas e a penas de prisão, pois que lá o cartel é considerado crime. A Comissão Europeia não entende da mesma forma, uma vez que é prerrogativa dos Estados Nacionais fazerem tal julgamento, pois só estes têm jurisdição sobre as pessoas. Ademais, os Estados Unidos e Canadá inserem tal programa em procedimentos tipicamente penais, enquanto a União Europeia os envolve em um procedimento administrativo e regulatório feito pela Comissão Europeia. As penas aqui impostas são administrativas, tal como o que ocorre no Brasil com as leniências assinadas junto ao CADE.

4.2. A introdução do instituto no ordenamento jurídico brasileiro

As origens do instituto da colaboração processual no Brasil, por sua vez, dão-se nas Ordenações Filipinas – vigente de 1603 a 1830 –, Livro Quinto, Título CXVI (Como se perdoará aos malfeitores, que derem outros à prisão). O perdão ainda era acompanhado de trinta cruzados²⁰⁵.

A Inconfidência Mineira, em 1789, também teve seus episódios de delação. No mesmo sentido, menciona-se a Conjuração Baiana em 1798. Observa-se o uso da delação também na época do Golpe Militar de 1964, quando aqueles que se opuseram ao regime foram denominados de “criminosos” e perseguidos pelo governo getulista.

Em verdade, o Brasil, na década de 90, fez quase um pedido de empréstimo à legislação italiana antiterrorista, para aplicar seu modelo de colaboração processual, premiando o delator que libera o sequestrado ou aquele que providencia provas decisivas para identificar e capturar seus parceiros no crime, em auxílio à autoridade judicial ou policial. Ocorre que na Itália o referido instituto foi aprimorado, criou-se toda uma política criminal voltada para isso. O ordenamento brasileiro não seguiu esse raciocínio, no entanto, e acabou tão somente inserindo normas de direito material esparsas em algumas de suas leis penais²⁰⁶.

Assim, a contribuição processual moderna aparece no cenário jurídico-penal do país a partir da década de 80, em meio a um movimento de:

²⁰⁵ _____. Ordenações Filipinas. Vol. 1 a 5; edição de Cândido Mendes de Almeida. Rio de Janeiro, 1870. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihiti/proj/filipinas/l5p1272.htm>> Acessado em 02 de maio de 2015.

²⁰⁶ BITTAR, Walter Barbosa. **Delação Premiada no Brasil e na Itália**. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. Ano 19, n. 88, jan-fev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 225-270.

recrudescimento das sanções penais, da administrativização do direito penal (conversão de infrações meramente administrativas em crimes), enfim do expressivo aumento da demanda pela expansão do poder punitivo capitaneada pela mídia²⁰⁷, demanda essa que foi plenamente atendida pelo legislador brasileiro.²⁰⁸

Por derradeiro, cumpre salientar que esse movimento político-criminal também impulsionou o enquadramento da delação na legislação especial.²⁰⁹

A lei de crimes hediondos, lei n.º 8.072/90, inaugurou a disposição normativa do instituto. Seguiu-se a ela a Lei n.º 8.137/90, que define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, a Lei n.º 8.884/94, já revogada, que dispunha sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, a Lei n.º 9.034/95, antiga lei do crime organizado, a lei n.º 9.613/98, que dispõe sobre a lavagem de capitais, a lei n.º 9.807/99, a lei n.º 10.409/02, lei de tóxicos, e, finalmente, as Leis n.º 12.529/2011, a nova Lei de Defesa da Concorrência, 12.850/2013, a nova Lei de Organizações Criminosas, e 12.846/2013, a Lei Anticorrupção.

A leniência foi introduzida mais tardiamente no Brasil, sendo muito demandada à época principalmente em virtude de um número alto de denúncias de carteis no mercado de revenda de combustíveis. Assim, a Medida Provisória n.º 2.055, de 2000, introduziu a leniência, sob fortes críticas quanto a ausência de consulta ao Governo ou à sociedade civil.²¹⁰ O programa só foi regulamentado em 2006, no entanto, pela Portaria 4/2006, substituída posteriormente pela Portaria 456/2010 do Ministério da Justiça.

À época, a leniência brasileira concederia imunidade total ao leniente caso não houvesse uma investigação em curso, ou, caso esta já existisse, uma diminuição de um a dois terços da multa a ser aplicada caso o CADE entendesse pela sua condenação. Dentre os requisitos analisados, estavam a efetividade da colaboração do leniente e sua boa-fé quando do cumprimento do acordo. A nova lei de Defesa da Concorrência, lei n.º 12.529/2011,²¹¹

²⁰⁷BATISTA, Nilo. **Mídia e sistema penal no capitalismo tardio**. In: Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade, Rio 2002, Ed. Revan, p. 272.

²⁰⁸COSTA, Cláudio. **Reflexões sobre delação premiada: processo, prova, ética e história**. In: Escritos transdisciplinares de criminologia, direito e processo penal: homenagem aos mestres Vera Malaguti e Nilo Batista. PEDRINHA, Roberta Duboc, FERNANDES, Márcia Adriana (orgs.) [ilustrações J. Batista]. 1ª ed., Rio de Janeiro: Revan, 2014, p. 265-270.

²⁰⁹Ibidem.

²¹⁰MAZZUCATO, Paolo Zupo. **Acordo de Leniência**. In: Direito penal econômico e da empresa: Direito penal econômico. Coleção Doutrinas Essenciais; v. 2. PRADO, Luiz Regis, e DOTTI, René Ariel (org.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 1111-1149.

²¹¹“Art. 86. O Cade, por intermédio da Superintendência-Geral, poderá celebrar acordo de leniência, com a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de 1 (um) a 2/3 (dois terços) da penalidade aplicável, nos termos deste artigo, com pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração à ordem

substituiu a lei n.º 8.884/1994, e emoldurou o tema da leniência de uma forma diversa de como a lei anterior o tinha feito. Sabe-se que desde 2003, já celebrou mais de 40 leniências

econômica, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo e que dessa colaboração resulte:

I - a identificação dos demais envolvidos na infração; e

II - a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação.

§ 1º O acordo de que trata o caput deste artigo somente poderá ser celebrado se preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos:

I - a empresa seja a primeira a se qualificar com respeito à infração noticiada ou sob investigação;

II - a empresa cesse completamente seu envolvimento na infração noticiada ou sob investigação a partir da data de propositura do acordo;

III - a Superintendência-Geral não disponha de provas suficientes para assegurar a condenação da empresa ou pessoa física por ocasião da propositura do acordo; e

IV - a empresa confesse sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento.

§ 2º Com relação às pessoas físicas, elas poderão celebrar acordos de leniência desde que cumpridos os requisitos II, III e IV do § 1º deste artigo.

§ 3º O acordo de leniência firmado com o Cade, por intermédio da Superintendência-Geral, estipulará as condições necessárias para assegurar a efetividade da colaboração e o resultado útil do processo.

§ 4º Compete ao Tribunal, por ocasião do julgamento do processo administrativo, verificado o cumprimento do acordo:

I - decretar a extinção da ação punitiva da administração pública em favor do infrator, nas hipóteses em que a proposta de acordo tiver sido apresentada à Superintendência-Geral sem que essa tivesse conhecimento prévio da infração noticiada; ou

II - nas demais hipóteses, reduzir de 1 (um) a 2/3 (dois terços) as penas aplicáveis, observado o disposto no art. 45 desta Lei, devendo ainda considerar na gradação da pena a efetividade da colaboração prestada e a boa-fé do infrator no cumprimento do acordo de leniência.

§ 5º Na hipótese do inciso II do § 4º deste artigo, a pena sobre a qual incidirá o fator redutor não será superior à menor das penas aplicadas aos demais coautores da infração, relativamente aos percentuais fixados para a aplicação das multas de que trata o inciso I do art. 37 desta Lei.

§ 6º Serão estendidos às empresas do mesmo grupo, de fato ou de direito, e aos seus dirigentes, administradores e empregados envolvidos na infração os efeitos do acordo de leniência, desde que o firmem em conjunto, respeitadas as condições impostas.

§ 7º A empresa ou pessoa física que não obtiver, no curso de inquérito ou processo administrativo, habilitação para a celebração do acordo de que trata este artigo, poderá celebrar com a Superintendência-Geral, até a remessa do processo para julgamento, acordo de leniência relacionado a uma outra infração, da qual o Cade não tenha qualquer conhecimento prévio.

§ 8º Na hipótese do § 7º deste artigo, o infrator se beneficiará da redução de 1/3 (um terço) da pena que lhe for aplicável naquele processo, sem prejuízo da obtenção dos benefícios de que trata o inciso I do § 4º deste artigo em relação à nova infração denunciada.

§ 9º Considera-se sigilosa a proposta de acordo de que trata este artigo, salvo no interesse das investigações e do processo administrativo.

§ 10. Não importará em confissão quanto à matéria de fato, nem reconhecimento de ilicitude da conduta analisada, a proposta de acordo de leniência rejeitada, da qual não se fará qualquer divulgação.

§ 11. A aplicação do disposto neste artigo observará as normas a serem editadas pelo Tribunal.

§ 12. Em caso de descumprimento do acordo de leniência, o beneficiário ficará impedido de celebrar novo acordo de leniência pelo prazo de 3 (três) anos, contado da data de seu julgamento.

Art. 87. Nos crimes contra a ordem econômica, tipificados na Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos demais crimes diretamente relacionados à prática de cartel, tais como os tipificados na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e os tipificados no art. 288 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, a celebração de acordo de leniência, nos termos desta Lei, determina a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia com relação ao agente beneficiário da leniência.

Parágrafo único. Cumprido o acordo de leniência pelo agente, extingue-se automaticamente a punibilidade dos crimes a que se refere o caput deste artigo.”

com agentes, inclusive, recentemente, no âmbito da Operação Lava Jato.²¹² Aquela autarquia, recebeu inclusive o título de agência antitruste das Américas em 2014,²¹³ pelo seu desempenho excepcional, vencendo agências dos Estados Unidos como o *New York State Office of the Attorney General Antitrust Bureau*, o *US Department of Justice's Antitrust Division – DoJ* e o *Federal Trade Commission – FTC*.

Em 2004, o Decreto n.º 5.015 introduziu no ordenamento jurídico brasileiro a Convenção de Palermo, cujo art. 26, item 2, denota a possibilidade de se reduzir a pena do arguido quanto este cooperar de forma substancial na investigação ou julgamento de uma infração prevista na mencionada Convenção.²¹⁴ Esta abarca os delitos de crime organizado, lavagem de dinheiro, corrupção e obstrução de justiça.

4.3. A Colaboração Premiada como meio mais eficiente de se obter provas da conduta

Na Convenção de Palermo, ainda em seu art. 26, são listadas medidas para intensificar a cooperação com as autoridades competentes para a aplicação da lei. As informações úteis para efeitos de investigação e de produção de provas seriam toda a estrutura, a localização, o *modus operandi*, e os participantes da organização criminosa, inclusive suas conexões e atividades internacionais ou nacionais, praticadas ou que o serão no futuro. São elementos que não são facilmente constatados pelas autoridades, motivo pelo qual as autoridades têm praticado tanto uma política de incentivo à assinatura de acordos de colaboração premiada.

Logo, as dificuldades probatórias encontradas no âmbito de manifestações criminosas em larga escala produzem efeito na discussão sobre a consideração da colaboração premiada como medida idônea ou não a produzir resultados efetivos na repressão estatal àquelas condutas.

Os recursos limitados de que as agências antitruste dispõem para verificar cada potencialidade ou mínimos indícios de um cartel, tornam as leniências realmente interessantes para aquelas, na medida em que identificam um número maior de carteis, sem ter de iniciar investigações do zero para todos os casos. Diz-se que a colaboração, em já produzindo juízo

²¹² _____. CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **CADE celebra acordo de leniência no âmbito da “Operação Lava Jato”**. 20 de março e 2015. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?aa9d6cbd57cc23e0350255ee7adb>> Acessado em 06 de maio de 2015.

²¹³ _____. CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **CADE recebe título de agência antitruste das Américas em 2014**. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?2b1eec3cd54ba161b582d56dc58d>> Acessado em 06 de maio de 2015.

²¹⁴ PINTO, Ronaldo Batista. **Aspectos éticos da delação premiada**. In CONAMP – Associação Nacional dos Membros do Ministério Público. Disponível em: <<http://www.conamp.org.br/pt/biblioteca/artigos/item/565-aspectos-eticos-da-delacao-premiada.html>> Acesso em 14/04/2015.

positivo quanto à sua presumível causalidade a promover seu objetivo, não importando aqui a intensidade da causalidade, basta para que ela seja considerada sim instrumento adequado para os fins a que se propõe, reforçando as técnicas investigativas e as coletas de provas (PEREIRA, 2013, p. 94).²¹⁵ Não se pode contentar com essa conclusão um tanto superficial.

Elvio Fassone elabora uma lista de meios de provas tradicionais, a fim de sustentar que a inexistência do instituto da colaboração implicaria na perda de eficácia da resposta às modernas associações criminosas, pois aqueles, por mais que representem uma postura ativa da autoridade, não são por si só suficientes para a repressão desse gênero delituoso. Diz ele que, em não existindo flagrante, os meios de provas seriam: documentos, raros de se encontrar em investigações contra organizações criminosas; interceptações telefônicas, que tendem ao esgotamento, pelo risco já conhecido do uso de tal meio; dados bancários e patrimoniais, normalmente de difícil rastreamento e ligação com seus titulares; e declarações de testemunhas, comumente viciadas por conta de corrupções e ameaças.

Da mesma forma, conforme o analisado no capítulo anterior, a aplicação de indícios e provas testemunhais, além de serem analisados obrigatoriamente juntamente com o conjunto probatório do caso, podem não ser suficientes para a deflagração da estrutura complexa do cartel e de seus membros. Nesse sentido, a aplicação do paralelismo *plus* é eficaz na medida em que analisa as provas e seu contexto, interpretando-o de forma a excluir ou não qualquer explicação econômico-racional para a conduta investigada que não o conluio. O paralelismo *plus*, no entanto, também é pouco eficaz na resposta estatal a tais crimes, uma vez que trabalha com o conjunto probatório já obtido e juntado aos autos do processo, o que, por conta do tipo de crime ora exposto, pode ser insuficiente para embasar uma condenação.

Mais uma vez, Frederico Valdez Pereira é preciso em sua contribuição para o tema:

A situação da emergência investigativa manifesta-se atualmente de forma mais provável na criminalidade organizada, associativa ou difusa, tendo em vista as dificuldades probatórias dos tradicionais meios de investigação em alcançar algum efeito diante desses fenômenos criminais. Principalmente por terem sido os instrumentos apuratórios moldados sob a perspectiva do ilícito penal clássico, caracterizado pela estrutura individual da lesão, cometida por sujeito ativo individual a sujeito passivo também individualizado (MILITELLO, 200, p. 3-62). Isso leva autoridades responsáveis pela investigação e repressão a condicionar a obtenção de resultados positivos no enfrentamento do crime organizado à adoção de métodos especiais de investigação e inteligência.²¹⁶

²¹⁵PEREIRA, Frederico Valdez. **Compatibilização Constitucional da Colaboração Premiada**. In Revista CEJ, ano XVII, n. 59, jan./abr., 2013. Brasília: CEJ, 2013, p. 94.

²¹⁶Ibidem, p. 91.

Dessa forma, a colaboração é essencial, pois advém de pessoa em posição privilegiada, mais passível de conseguir identificar a estrutura da organização e os envolvidos até mesmo em casos que poderiam passar despercebidos pela justiça.²¹⁷ A valoração dessa colaboração, no entanto, sem qualquer lastro, conduzida conforme a livre discricionariedade do juiz, demonstra um excesso na observância do princípio inquisitivo, e pode violar princípios como o da segurança jurídica e mesmo o da igualdade entre as partes, um motivo a mais pelo qual deve-se estabelecer critérios de verificação do valor probatório da colaboração premiada.

É bem verdade que a “facilidade” com que os processos são resolvidos por meio da delação premiada pode gerar erros judiciários. Há críticas em relação à preocupação do legislador com a punição a qualquer custo. Bem por isso o tema em exame encontra-se tão abalado e desamparado pela norma. Frise-se que a delação não pode dispensar a necessidade de maiores investigações, nem pode atrelar as circunstâncias do caso por uma falsa coerência, alegando uma falta de previsão de critérios legais. Não devem os tribunais deixar de encarar com cautela a outrora denominada “chamada de corréu”,²¹⁸ valorando sua contribuição ao deslinde do processo de forma rigorosa. A partir do já estudado no primeiro capítulo, pois, a colaboração premiada deve ser avaliada em meio ao sistema da livre convicção motivada, por meio de raciocínio lógico, com um standard de prova do *beyond a reasonable doubt*.

Nesse sentido, não se aceita mais a ausência de fundamentação das decisões judiciais, por representar, dentre outros, forte ofensa ao princípio do contraditório e da ampla defesa. A valoração probatória tornou-se mais técnica, científica, e as regras de valoração do sistema probatório devem ser estabelecidas pelo legislador a fim de que não se cometam juízos por íntima convicção.²¹⁹ Nas palavras de Neves e Castro,

Para que isto seja possível, deve atender-se a que os homens, não tendo a mesma natureza física nem o mesmo temperamento, são despertados por diversas impressões e sentimentos, que com mais ou menos facilidade se convencem a determinarem-se por uns ou outros fatos e a convencerem-se de uma ou outra circunstância. Aquilo que para uns é claro, para outros é incompreensível, e o que a uns parece justo parece a outros injusto. Daí a necessidade de ser prescrito pela lei o maior número de regras para a investigação da verdade por meio das provas, para se tirar aos juízes, quanto

²¹⁷ PEREIRA, Frederico Valdez. **Compatibilização Constitucional da Colaboração Premiada**. In Revista CEJ, ano XVII, n. 59, jan./abr., 2013. Brasília: CEJ, 2013, p. 94.

²¹⁸ COSTA, Cláudio. **Reflexões sobre delação premiada: processo, prova, ética e história**. In: Escritos transdisciplinares de criminologia, direito e processo penal: homenagem aos mestres Vera Malaguti e Nilo Batista. PEDRINHA, Roberta Duboc, FERNANDES, Márcia Adriana (orgs.) [ilustrações J. Batista]. 1ª ed., Rio de Janeiro: Revan, 2014, p. 265-270.

²¹⁹ A revolução industrial traz transformações sociais que alteraram o sistema legal de provas. Surge o sistema da íntima convicção do juiz, o qual apreciaria livremente o caso e o julgaria a partir de sua íntima convicção, sem que esta precisasse ser fundamentada.

se possa, a possibilidade de errarem e de proferirem decisões menos justas.²²⁰

Certo de sua importância, apesar da carência de regras objetivas claras para sua valoração, o estudo pretende demonstrar seu alto valor probatório a partir da análise do instituto de acordo com os três elementos/significados que compõem a prova, de acordo com a classificação dada por Michele Taruffo, citado nos estudos de Francisco Rosito sobre o Direito Probatório: primeiramente, fala-se do procedimento probatório, que indica toda a estrutura da atividade regulada pela lei, em que o juiz e as partes obtêm os meios de prova; além disso, há os meios de provas, como documentos e testemunhas, por meio dos quais se demonstra o *thema probandum*; a última acepção seria o resultado daquele procedimento, isto é, o convencimento a que o juiz chega a partir dos meios de prova.²²¹

Para tanto, esses elementos serão conjugados ao entendimento de Malatesta²²² sobre a avaliação da prova, o qual indica a necessidade de se fazer uma dupla apreciação, quais sejam, a credibilidade formal e subjetiva das provas, e sua conclusão formal. Dessa forma, entende-se que o procedimento probatório da colaboração premiada aprecia e confere mais credibilidade formal às provas, assim como enrobustece a credibilidade subjetiva de seus meios de provas; e, finalmente, raciocina-se aqui no sentido de que a conclusão formal das provas será obtida com o convencimento do juiz sobre elas, e de que a existência de um acordo premiada confere a este maior segurança jurídica.

4.3.1. A observância de garantias fundamentais e a postura ativa das autoridades no procedimento probatório

O procedimento da colaboração premiada relativo à conduta de cartel, como já ressaltado acima, encontra-se disposto nas leis 8.137/1990 e 12.529/2011, com todas as suas críticas e obscuridades. Mesmo a nova lei de organizações criminosas, a Lei n.º 12.850/2013, a mais atualizada da área penal a disciplinar a delação premiada – colocando-a em seu art. 3º, como meio de prova, juntamente com meios como a interceptação telefônica, a ação controlada, a infiltração policial, e o afastamento de sigilos bancário e fiscal, dentre outros, a ser obtido em qualquer fase da persecução penal –, acaba por permitir a aplicação de tal instituto em meio a uma ausência de critérios claros para sua utilização.

²²⁰NEVES E CASTRO, Francisco Augusto. **Teoria das Provas e suas aplicações aos atos civis**. Atualização ortográfica da 2ª ed. da obra, editada em 1917. Campinas: Servanda, 2000, p. 37.

²²¹TARUFFO, Michele apud ROSITO, Francisco. **Direito Probatório: as máximas de experiência em juízo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 26.

²²²MALATESTA apud LIMA, Marcellus Polastri. **A Prova Penal**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002.

Por outro lado, os números não mentem. Apesar de toda a crítica em torno do direito penal econômico e, mais especificamente, da aplicação da delação premiada, um estudo conduzido por Francis Beck mostrou que a condenação a crime de colarinho branco cresceu 638% no Brasil no período que vai de 2000 até 2012.²²³ Tais índices podem indicar uma intensificação das ações do Ministério Público Federal e da Polícia Federal no sentido de identificar, investigar e processar esses delitos, que possuem uma alta complexidade técnica e operacional, exigindo também das autoridades o uso de novas tecnologias, muitas com alto poder invasivo.

Ressalte-se que o tipo penal de cartel evidenciado pela lei n.º 8.137/1990 é mais restrito que a sua disposição na lei antitruste. Naquele âmbito, ele só será típico se implicar em lesão realmente significativa ao mercado ou quando realmente visa E consegue dominar o mercado, não valendo aqui o mero acerto entre agentes ou mesmo uma potencial lesão à Ordem Econômica, como, por sua vez, dispõe a lei n.º 12.529. Além disso, apesar desta determinar um parâmetro para se considerar efetivado ou não o controle do mercado, este não é tão relevante para o crime de cartel tal como referido na lei n.º 8.137, uma vez que, por exemplo, o impedimento da entrada de um novo *player* no mercado deve efetivamente acontecer para que se possa falar na tipicidade daquele crime.²²⁴

De qualquer forma, para ambos os lados da moeda – autoridades policiais ou antitruste, e advogados –, faz-se necessário encontrar o equilíbrio entre os novos meios e tipos de prova colhidos, e as garantias individuais e supraindividuais dos cidadãos.²²⁵ Isto porque, ao se envolverem em acordos de delação premiada, durante as investigações, os órgãos responsáveis podem vir a ferir garantias fundamentais, acabando por vezes relativizadas pelo próprio texto constitucional, nos casos de processo criminal. Os órgãos responsáveis pela persecução criminal de crimes contra a Ordem Econômica permitem-se, no exercício das suas

²²³ “No levantamento, o advogado considerou como de colarinho branco os crimes contra o sistema financeiro nacional (Lei 7.492/1986), contra a ordem tributária (Lei 8.137/1990), contra a ordem econômica (Lei 8.137/1990), crimes licitatórios (Lei 8.666/1993), contra a ordem previdenciária (artigos 168-A e 337-A do Código Penal) e a lavagem de dinheiro (Lei 9.613/1998).” MARTINS, Jomar. **Condenação a crime de colarinho branco cresceu 638% em 12 anos, diz estudo**. In Consultor Jurídico – Conjur. 29 de novembro de 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-nov-29/condenacao-crime-colarinho-branco-cresceu-638-12-anos>> Acessado em 24 de abril de 2015.

²²⁴ ANDRADES, Alcides. **O cartel sob a ótica penal e administrativa**. In: Sítio Eletrônico JusBrasil. Disponível em: <http://alcidesandrade.jusbrasil.com.br/artigos/184182053/o-cartel-sob-a-otica-penal-e-administrativa?ref=topic_feed> Acessado em 23 de junho de 2015.

²²⁵ MARTINS, op. cit.

ações investigatórias, como explica Lipinski,²²⁶ relativizar algumas daquelas,²²⁷ como o direito ao silêncio e a presunção de inocência.

É o que ocorre no processo penal. Aqui, a negociação dá-se em três fases, onde a decisão de concessão ou não do benefício ao colaborador é a última delas. A primeira é a celebração do acordo entre o investigado – sempre acompanhado de seu defensor – e o Ministério Público ou a autoridade policial. Também neste último caso age o Ministério Público, manifestando-se quanto ao acordo. Este será reduzido a termo, contendo, dentre outras coisas, um relato da colaboração e possíveis resultados, a aceitação do investigado e de seu defensor, e, se necessárias, medidas protetivas ao colaborador e sua família.

Fica claro, pois, que o acordo aqui é tão somente uma proposta, a qual não vinculará o juiz.²²⁸ A próxima fase é justamente a homologação do acordo pelo juiz. Ele somente o fará se a proposta atender à regularidade, legalidade e voluntariedade, e poderá inclusive ouvir o acusado, acompanhado de seu defensor, se entender necessário para sua decisão.

A homologação, se ocorrer, é feita por meio de decisão interlocutória simples, que também não produz efeito de coisa julgada e não é uma garantia de que o benefício será concedido ao réu, o qual a partir desta etapa será considerado como colaborador.

Ao ser considerado como tal, ainda que não seja investigado, deverá falar perante o Ministério Público, a autoridade policial, e o juiz na instrução criminal, sempre acompanhado de seu advogado. Mesmo que o procedimento siga os ditames do art. 5º da Constituição Federal, o colaborador deve renunciar ao direito ao silêncio e dizer a verdade, sob pena de responder por falso testemunho ou denúncia caluniosa. É certo que o próprio texto constitucional permite essa mitigação nos casos de processo criminal.²²⁹ Ela é em teoria importante para efetivar a intervenção estatal repressiva, o poder punitivo do Estado contra as infrações à Ordem Econômica.

²²⁶LIPINSKI, Antônio Carlos. **Crime Organizado & A Prova Penal – Lei n 9.034, de 03.05.1995**. Curitiba: Juruá, 2006. 1ª edição (ano 2003), 4ª tir. 154p., v. 1.

²²⁷“A doutrina é prolífera na menção a princípios e garantias violados pelo recurso aos *pentiti* podendo referir-se, entre outros: o direito ao silêncio, o papel do interrogatório como meio de defesa, o nexo retributivo entre pena e delito (FERRAJOLI, 2004, p. 624), o princípio de materialidade (FERRAJOLI, 2004, p. 624), a moralidade pública (COUTINHO; CARVALHO, 2006), ampla defesa e contraditório (COUTINHO; CARVALHO, 2006).” [...] “Igualmente encontra-se referências doutrinárias de diversos direitos e garantias que seriam desatendidos na adoção do prêmio, podendo referir-se, entre outros: o princípio da igualdade (FLORA, 1984, p. 163), de estreita legalidade (FERRAJOLI, 2004, p. 624), ônus da prova (FERRAJOLI, 2004, p. 624), a publicidade e o contraditório (ARANHA, 2006, p. 136).” PEREIRA, Frederico Valdez. **Compatibilização Constitucional da Delação Premiada**. Revista CEJ. v. 17, n. 59, jan./abr. 2013. Brasília: CJF, 2013, p. 84-99.

²²⁸FILHO, Vicente Greco. **Comentários à Lei de Organização Criminosa: Lei n. 12.850/2013**. São Paulo: Editora Saraiva, 2014, p. 37-44.

²²⁹LIPINSKI, op. cit.

Basta observar a vivência dos EUA quanto ao tema. Para o direito estadunidense, não há uma forte preocupação garantística para com o delator, como acontece nos países da *civil law*. Aqui, entende-se que o acusado renunciou ao seu direito de não se autoincriminar, havendo a “racionalização da renúncia à garantia fundamental”.²³⁰ Ao abdicar do direito ao silêncio, no entanto, ele já se insere em um procedimento específico, submetendo-se a juramento e à *cross-examination*,²³¹ assumindo um papel de testemunha em troca de imunidade.

Esse sistema, entretanto, recebe muitas críticas, no sentido de que se baseia num ideal de supressão do juízo. Ora, na *common law*, quem dirige a fase pré-processual é que firma um acordo com o acusado, cabendo ao juiz apenas ratificá-lo; só na impossibilidade da celebração do acordo, mantém-se a acusação formal em juízo e o caso é levado a Júri.

Da mesma forma, a Lei Italiana n.º 63/2001 buscou uma maior efetividade do debate. Assim, ainda em consonância com o art. 111 da Constituição Italiana, reduziu o direito ao silêncio para dar um campo mais amplo de discussão a fim de se permitir que o acusado interroge seu acusador. E mais: prevê uma exceção ao princípio do contraditório, em proteção ao princípio da não dispersão dos meios de prova. Mas, segundo o art. 500 do CPP italiano, em existindo elementos concretos da submissão do réu à violência, ameaça, suborno ou a outro proveito, que prejudiquem ou o impeçam de expor as informações em sua posse, as declarações contidas nos autos do Ministério Público serão incorporadas aos autos para debate.

A crítica que fica sobre a costumeira supressão do direito ao silêncio na colaboração premiada é a de que o instituto não pode ser usado como forma de pressão ou violência psíquica. A redução do direito ao silêncio é frágil na medida em que se constata o fino limiar entre a abertura de um espaço de discussão e o moralismo e autoritarismo.²³²

Essa é uma preocupação recente de doutrinadores e advogados na esfera penal, por exemplo. Isto porque o Ministério Público Federal emitiu alguns pareceres na Operação Lava-Jato ao final de 2014, em que defendiam a manutenção da prisão preventiva de alguns presos

²³⁰PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação Premiada – legitimidade e procedimento**. Curitiba: Juruá, 2013, p. 38.

²³¹O conceito de *cross-examination* é fornecido por José Lebre de Freitas: “interrogatório cruzado da parte em audiência, com valor de prova sujeito, em paridade com o testemunho dum terceiro, à livre apreciação do tribunal, quer no que respeita às declarações desfavoráveis, quer às declarações favoráveis produzidas”. Cf. FREITAS, José Lebre de. **A Confissão no Direito Probatório**. 2º ed., fev., 2013. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 60.

²³²KARAM, André, e STRECK, Lenio. **Vícios Privados, Benefícios Públicos**. In: Conjур – Sítio Eletrônio “Consultor Jurídico”. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-dez-14/advogados-promotores-discutem-delacao-premiada-lava-jato>> Acessado em 23 de junho de 2015.

na esperança de que tal segregação os influenciasse a delatar os possíveis esquemas da operação, quase analogamente ao período das ordálias, onde o sistema era inquisitivo, isto é, o acusado era preso para ser torturado, para que desta então fosse obtida a confissão, considerada à época a rainha das provas.²³³ A colaboração, juntamente com a decisão de ter seu direito ao silêncio mitigado, deve ser voluntária e consciente.

Quanto ao princípio do contraditório supramencionado, sabe-se que a prova é altamente dependente deste, o qual, no papel de sua condição de validade, legitima a decisão judicial e afasta justamente o juiz inquisidor. Ocorre que, no âmbito das investigações penais e administrativas sancionadoras, cobra-se muito a celeridade processual. Ora, é sabido que os crimes econômicos aqui discutidos são confeccionados de tal forma a não deixarem qualquer rastro de evidência, o que torna difícil o trabalho das autoridades na sua respectiva persecução penal. Bem por isso elas procuram atuar com grande celeridade assim que constatarem indícios do crime ou que recebem um acordo de delação ou leniência.²³⁴ Campos e Campos Junior enaltecem, entretanto, a celeridade como um dos principais fatores que levam os juízes a cometerem erros em seus votos e decisões. Dizem que “a celeridade exigida da justiça redundava em falta de segurança no bem decidir”.²³⁵

É importante, pois, atuar de forma que a celeridade não se torne incompatível com o processo legal devido, ou com a observância dos direitos de defesa e do contraditório. A não observância deste princípio afeta o próprio processo de convicção do juiz.²³⁶ Logo, a apreciação das provas deverá ser efetiva, inclusive com a desconsideração de provas inadmissíveis ou que ferem o referido princípio.²³⁷ O próprio CPP, em seu art. 155, enuncia que:

²³³ CANÁRIO, Pedro. **Professores criticam parecer sobre prisões preventivas na "lava jato"**. In: Conjur – Sítio Eletrônico “Consultor Jurídico”. 28 de novembro de 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-nov-28/professores-criticam-parecer-prisao-preventiva-lava-jato>> Acessado em 23 de junho de 2015; e CANÁRIO, Pedro. **Em parecer, MPF defende prisões preventivas para forçar réus a confessar**. In: Conjur – Sítio Eletrônico “Consultor Jurídico”. 27 de novembro de 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-nov-27/parecer-mpf-defende-prisoas-preventivas-forcar-confissoes>> Acessado em 23 de junho de 2015.

²³⁴ Além da celeridade, o CADE atuaria com base também na integridade, a partir da aplicação do devido processo legal, e da efetividade, como destacou Gilvandro Araújo em debate quanto às ações de busca e apreensão promovidas pelo Conselho. Cf. MANDEL, Gabriel. **Ações de busca e apreensão do CADE preocupam advogados**. In: Consultor Jurídico. 23 de outubro de 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-out-23/invasao-acoes-busca-apreensao-cade-preocupam-advogados>> Acessado em 06 de junho de 2015.

²³⁵ CAMPOS, Asér Martins de Souza, e JUNIOR, Asér de Souza Campos. **Breves Anotações sobre a Prova e Erros Judiciários**. 1984, p. 63.

²³⁶ MARTINS, Rui Cunha. **O Ponto Cego do Direito – The Brazilian Lessons**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 26-32.

²³⁷ GOMES FILHO, Antônio Magalhães apud GRINOVER, Ada Pellegrini. **Direito à Prova no Âmbito Administrativo**. In Provas: aspectos atuais do direito probatório. NEVES, Daniel Amorim Assumpção (coord.). São Paulo: Editora Método, 2009, p. 6.

O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

A autoridade tem, então, a liberdade de analisar todas as contribuições trazidas em sede da delação, o que, para alguns autores, ofende o princípio da imparcialidade processual e denota a presença da figura do juiz inquisidor.²³⁸

Para exemplificar o problema, cita-se a delação premiada disposta no art. 16, parágrafo único da Lei n.º 8.137/90, a qual define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo. Pois bem, a delação aqui poderá ser acordada caso os crimes previstos na referida lei sejam cometidos em quadrilha ou coautoria, e o delator revele – por meio de confissão espontânea – a trama delituosa às autoridades. Para tanto, o delator será agraciado com uma redução de pena de um a dois terços.

Não obstante a aparente simplicidade do disposto normativo, a análise das declarações deverá ser feita por meio de interpretação sistemática, em conjunto com os textos dos art. 8º da Lei n.º 8.072/90 e 4º da Lei n.º 12.850/2013, cabendo ao intérprete fixar o alcance da colaboração.

Ora, o sistema adotado pelo Código de Processo Penal é acusatório e não o inquisitivo; logo, o magistrado não pode desenvolver atividade policial nem se aproximar de uma das partes.²³⁹ Interessante questionar, então, se uma postura ativa da autoridade na atividade administrativa sancionadora, devido à sua maior “elasticidade de competência”, compromete o processo de valoração probatória do acordo de leniência, e lesa o princípio da imparcialidade.

Por conta das novas funções atribuídas aos órgãos do SBDC (Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência), o CADE ganhou o apelido de Super-Cade, pois consiste agora na integração entre o Tribunal Administrativo de Defesa Econômica (“TADE”), a Superintendência-Geral (“SG”), e o Departamento de Estudos Econômicos (“DEE”). Enquanto ao Tribunal Administrativo caberá, dentre outras coisas, receber e julgar os processos já instruídos, realizando por vezes algum adendo na instrução, a Superintendência-Geral fica responsável, no âmbito das investigações antitruste, por instruir os processos, inclusive produzindo as provas necessárias para fundamentar seu parecer a ser encaminhado àquele Tribunal.

²³⁸ LIPINSKI, Antônio Carlos. **Crime Organizado & A Prova Penal – Lei n 9.034, de 03.05.1995**. Curitiba: Juruá, 2006. 1ª edição (ano 2003), 4ª tir. 154p., v. 1.

²³⁹ MORAIS, de Paulo Heber de, e LOPES, João Batista. **Da Prova Penal – Teoria e Prática**. Campinas: Julex Livros Ltda., 1978, p. 55.

A SG, assim, concentra os poderes investigativos da autoridade antitruste brasileira,²⁴⁰ podendo iniciar uma investigação caso verifique ela própria que existem indícios ou provas de que ocorreu uma infração à lei antitruste, ou quando ela recebe uma denúncia – inclusive por meio do programa de leniência – de uma possível conduta anticoncorrencial.²⁴¹

É interessante destacar que a SG tem 30 (trinta) dias a partir do final do prazo para a defesa para determinar as provas que pretende produzir. Na instrução, porém, é indeterminado o prazo para o processo em si de produção de provas. Ao final da instrução o Representado será notificado para apresentar alegações em 5 (cinco) dias, sendo enviada em seguida Nota Técnica com sugestão de decisão ao Presidente do Tribunal do CADE. Distribuído o processo, o Conselheiro Relator pode querer ouvir a ProCade (Procuradoria junto ao CADE), e/ou requerer novas diligências, também sem prazo para serem cumpridas. Ao final desta etapa, finalmente, serão dados 15 (quinze) dias úteis aos acusados para apresentação de alegações finais.

A Administração Pública pode obter fontes de prova por meio de monitoramento de mercados, obtenção de informações por terceiros, e aquela em que a leniência inclui-se, qual seja, a obtenção de informações por parte das empresas e pessoas físicas envolvidas no conluio.²⁴² Até mesmo pelo seu baixo custo de implementação em relação às outras medidas adotadas, o que gera uma economia grande de gastos públicos, sabe-se que pode premiar o leniente inclusive com a extinção da punibilidade para aquelas condutas investigadas.

A imunidade concedida pelo programa de leniência não atinge o âmbito civil, mas tem seus efeitos na esfera criminal; a celebração de acordo de leniência suspende o curso do

²⁴⁰ O agente interessado em realizar acordo com a autoridade dirige-se à SG, onde é informalmente avisado sobre a possibilidade de concessão do benefício e a sua posição na fila. O acordo só será possível se ele for o primeiro a solicitar a assinatura do acordo. O primeiro lugar na fila lhe é comprovado pela entrega de um documento conhecido como *marker*. A partir da entrega deste, as partes terão 6 (seis) meses para negociar o acordo, momento no qual serão analisados os documentos em posse do interessado, tal como os envolvidos na conduta. O número de provas será importante ainda para determinar o rito e a fase da investigação conduzida. Assim, quando não há ainda a prova da materialidade do fato, conduz-se um procedimento preparatório. Por sua vez, se já existem indícios de autoria e reais suspeitas quanto à ilicitude da infração, será feito um inquérito administrativo. Ao longo deste, o objetivo da SG é coletar provas suficientes para gerar um processo administrativo. É certo que o acordo de leniência será feito somente quando a SG não possuir provas suficientes para a condenação dos envolvidos. Cf. ANDERS, Eduardo Caminati, BAGNOLI, Vicente, CARVALHO, Vinícius Marques de, Cordovil, Leonor. **Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada – Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 189-194.

²⁴¹ A investigação propriamente dita é justamente e tão somente o processo administrativo, que é aberto com a Nota Técnica emitida pela SG. Aqui, existirá uma suficiência de provas para o início da investigação. É o primeiro momento em que se exigirá/permitirá as defesas por partes dos acusados – pessoas físicas e empresas. Cf. GRECCO, Gabriel Noronha, MAGGI, Bruno Oliveira, e PAGOTTO, Leopoldo. **A nova Lei de Defesa da Concorrência – Lei 12.529/2011**. In Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais – RDB. Ano 15, n. 55, janeiro-março, 2012. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 16-32.

²⁴² NETO, Amadeu de Souza Ferreira. **Programa de Leniência e a Lei 12.529/2011: Avanços e desafios**. In Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional – RIBRAC. Ano 19, n. 22, julho-dezembro, 2012. CORDOVIL, Leonor (coord.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 147.

prazo prescricional, impedindo o oferecimento da denúncia. Se cumprido o acordo de leniência pelo respectivo signatário, será extinta automaticamente a punibilidade do crime de cartel. A imunidade estende-se ao crime de cartel e todos os demais crimes relacionados à sua prática, fato considerado um dos pontos que atribui ao instituto sua alta eficácia, por ser um grande incentivo aos agentes para que assinem acordos de colaboração com as autoridades.

A importância do papel da SG na discussão aqui posta é altíssima, dada a liberdade conferida a ela para não somente coletar provas, como também as avaliar, inclusive aquelas advindas de terceiros. Emitirá um parecer ao Tribunal do CADE que, ainda que não seja vinculante, certamente influenciará a decisão deste, em especial no valor conferido às provas obtidas. O Tribunal do CADE pode complementar a instrução processual, inclusive se achar necessário que sejam obtidas provas adicionais. Pode fazê-lo ele próprio, ou ordená-lo ao DEE ou à SG.

Nesse sentido, num estudo sobre o aumento dos poderes do juiz no campo das provas, cita-se Arruda Alvim, segundo o qual a investigação conduzida pelo juiz pode “condicioná-lo psicologicamente a crer no direito que tenha sido objeto de sua própria investigação”.²⁴³

A imparcialidade, se não mantida, produz provas já direcionadas para comprovar certas convicções do juiz. Aduz-se aqui, no entanto, que a assinatura de um acordo de colaboração não implica necessariamente na parcialidade da autoridade, sequer justifica uma postura menos ativa das autoridades na condução das investigações, pois os fatos deverão ser provados da mesma forma, o standard probatório exigido mantém-se. Bem fala Antonio Dellepiane que a reconstrução do fato sobre o qual versa a investigação exige um preparo especial do juiz, inclusive distinto de seu preparo judicial.²⁴⁴ Ademais, diz que a tarefa do juiz em muito se aproxima com a atividade do historiador, no sentido que ambos utilizam dos mesmos meios, quais sejam, rastros, vestígios, indícios deixados pelos fatos e procuram reconstruí-los a partir de um processo lógico. Ressalte-se que a doutrina já afirmou que a prova produzida em direito difere da prova científica, como a produzida pelo historiador, pois

²⁴³ ALVIM, Arruda apud FREIRE E SILVA, Bruno, e GOMES FLORENTINO, Carlos Manoel Leite. **Uma Análise da Tendência de Aumento dos Poderes do Juiz no Campo das Provas e os seus Necessários Limites diante de Princípios e Regras**. In Provas: aspectos atuais do direito probatório. NEVES, Daniel Amorim Assumpção (coord.). São Paulo: Editora Método, 2009, p. 67.

²⁴⁴ DELLEPIANE, Antonio. **Nova Teoria da Prova**. Tradução da 5ª ed. argentina por Erico Maciel. São Paulo: Editora Minelli, 2004, p. 28-29.

a norma limita a atividade investigativa, considerando inadmissíveis alguns gêneros de prova, a exemplo das provas de fatos prescritos por lei.²⁴⁵

Como indicado por Bruno Freire e Silva e Carlos Manoel Leite Gomes Florentino, uma parte da doutrina entende que não há ofensa ao princípio da imparcialidade quando do aumento do poder instrutório do juiz,²⁴⁶ indicando que a sistemática processual brasileira, nos âmbitos cível, penal ou administrativo, não admite um juiz passivo na condução do processo, apesar de também não tolerar um juiz que “saí às ruas à procura de provas”.²⁴⁷

O presente trabalho entende, no entanto, que é isso o que acaba acontecendo. A investigação dos fatos do cartel trabalha também com presunções que, a partir de uma lógica estatística, e de elementos de repetição e valores de homogeneidade e coerência, estabelece o preferível. Isto é, ao se pesquisar um fato, tem-se em mente quais as suas consequências jurídicas caso este venha a ser confirmado.²⁴⁸

Acredita-se que esse movimento é tendencialmente perigoso no contexto da colaboração premiada. Em momento anterior à produção probatória, há uma consideração psicológica sobre o que aqueles elementos, se constatados, podem determinar. O problema de que quem procura sabe o que pretende encontrar verifica-se na medida em que as presunções da autoridade na colaboração premiada assumem pontos de vista e uma carga ideológica que têm uma inclinação ou tendência potencialmente comprometedora da imparcialidade do julgador.²⁴⁹

No mais, a autoridade pode e deve haver uma postura ativa no confronto com a produção probatória no acordo de leniência ou delação, conduzindo a investigação com imparcialidade – papel das autoridades policiais e da SG –, sempre em observância às garantias fundamentais do delator ou leniente, além dos direitos da defesa, agindo e valorando

²⁴⁵ PERELMAN, Chaim apud AGUIRRE, José Eduardo Suppioni de. **O Paradigma Jurídico da Contemporaneidade e seus Reflexos no Processo Civil**. In: Prova no direito processual civil: estudos em homenagem ao professor João Batista Lopes. Elias Marques de Medeiros Neto, Ricardo Augusto de Castro Lopes, Olavo de Oliveira Neto (coord.). 1ª ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2013, p. 369.

²⁴⁶ Os autores tomam como referência José Carlos Barbosa Moreira, o qual acredita que a realização de uma prova pelo juiz é válida, pois este, ao fazê-lo, não tem como prever seu resultado. Da mesma forma, mencionam José Roberto dos Santos Bedaque, que defende que o poder instrutório do juiz tem na verdade o efeito positivo de proporcionar uma melhor apuração dos fatos. Cf. FREIRE E SILVA, Bruno, e GOMES FLORENTINO, Carlos Manoel Leite. **Uma Análise da Tendência de Aumento dos Poderes do Juiz no Campo das Provas e os seus Necessários Limites diante de Princípios e Regras**. In Provas: aspectos atuais do direito probatório. NEVES, Daniel Amorim Assumpção (coord.). São Paulo: Editora Método, 2009, p. 67.

²⁴⁷ LOPES, João Batista apud FREIRE E SILVA, Bruno, e GOMES FLORENTINO, Carlos Manoel Leite. *Ibidem*, p. 69.

²⁴⁸ MARTINS, Rui Cunha. **O Ponto Cego do Direito – The Brazilian Lessons**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 10-11.

²⁴⁹ *Ibidem*.

as provas com critério e equilíbrio, a partir de técnicas racionais e um processo lógico, para remessa das suas conclusões ao juiz.

4.3.2. *A cautela na análise das declarações do colaborador*

As provas perfeitas, no século XX, segundo Neves e Castro,²⁵⁰ eram aquelas feitas por documentos autênticos e por duas testemunhas livres de toda a exceção, uma vez que a testemunha tinha o valor de meia prova. Essas, chamadas também de plenas, serão consideradas seguras até que se prove o contrário. Já as imperfeitas, segundo o autor, são as baseadas em testemunhas defeituosas, em indícios, ou em presunções, já previamente analisados acima.

A prova documental é reconhecida como essencial para reconhecer certos direitos e a ordem de alguns fatos. Por conta de sua estabilidade, consegue perpetuar a história dos fatos e acordos feitos entre as partes.²⁵¹ O alto crédito que lhe é conferido pelas legislações ao longo do mundo, no entanto, não é absoluto, admitindo prova em contrário.

No seu sentido estrito, os documentos podem ser considerados a “notícia escrita de um fato” (MORAIS e LOPES, 1978, p. 160). O Código de Processo Penal reconhece no, entanto, provas decorrentes de fotografias, desenhos, esquemas, representando uma ampliação daquele primeiro conceito.²⁵² Em sede dos acordos de delação e leniência, são apresentados mais recorrentemente os documentos-papel, documentos escritos que não foram redigidos a fim de se tornar meio de prova futuramente, mas que poderão ser juntados aos autos do processo da mesma forma.

Campos e Campos Junior asseguram que “qualquer escrito que tenha sentido e foi designado para conservar um fato, sem dúvida, constitui um meio de prova. A prova documental é efetiva por meio do conteúdo do documento e, conforme a sua fonte, pode ser público ou privado” (CAMPOS, JUNIOR, 1984, p. 49). É oportuno mencionar que boa parte das provas trazidas pelo leniente ou pelo delator, em um acordo de colaboração premiada, é indiciária.

²⁵⁰NEVES E CASTRO, Francisco Augusto. **Teoria das Provas**. Atualização ortográfica da 2ª ed., editada em 1917. Campinas: Servanda, 2000, p. 102-104.

²⁵¹Ibidem, p. 226.

²⁵²“Documento es toda cosa que sirve de prueba histórica indirecta y representativa de un hecho cualquiera; puede ser declarativo-representativo, cuando contenga una declaración de quien lo crea u otorga o simplemente lo suscribe, [...]; puede ser únicamente representativo (no declarativo), cuando no contenga ninguna declaración, como ocurre r los planos, cuadros, fotografías, dibujos y fotografías.” ECHANDÍA, Hernando Devis. **Compendio de la Prueba Judicial**. Vol. II. Anotado y Concordado por Adolfo Alvarado Velloso. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni Editores, 2000, p. 173.

Echandía, no entanto, considera um erro tomar qualquer documento como indício, por motivos deste somente ser válido como tal quando plenamente provado. Do contrário, não serve para formar o convencimento do juiz ou para demonstrar a existência do fato que está indicando, dada sua carência total de valor probatório.²⁵³ Sequer um conjunto de vários meios de prova imperfeitos pode ser considerado como indício, segundo Echandía, tratando-se aqui tão somente de uma prova mista ou complexa formada por um grupo de meios.

A confissão é outra prova inartificial. Echandía afirma que, apesar de alguns autores entenderem o contrário, a confissão não pode ser considerada um indício, uma vez que este seria uma prova crítico-lógica, enquanto aquela seria uma prova histórico-representativa. Segundo o autor, no processo penal, quando a confissão não é suficiente para condenar o acusado, após a sua livre apreciação pelo juiz, pode-se afirmar apenas que ela é a prova de um fato indiciário, isto é, o reconhecimento do confitente da autoria e responsabilidade pelo crime.²⁵⁴

Parte da doutrina, como Vicente Greco Filho, a toma como sendo a própria prova, enquanto meio de prova seria o interrogatório.²⁵⁵ Por muito tempo foi considerada como prova perfeita.²⁵⁶ No entanto, hoje se entende que mesmo uma confissão deve ter seu valor probatório analisado pelo juiz a fim de que ela promova seus efetivos jurídicos. O mesmo vale para o acordo premiado. Sua assinatura pode evidenciar tão somente uma probabilidade de que ocorreu o fato criminoso, a qual, ainda que alta, é falível quando examinada criticamente.

Salienta-se que Marcellus Polastri Lima, seguindo seu entendimento em compasso com o de Vicente Greco Filho no sentido de que a confissão seria prova, também considera a chamada de corrêu como a própria prova. E, usando a linha de raciocínio de Echandía, é um

²⁵³ECHANDÍA, Hernando Devis. **Compendio de la Prueba Judicial**. Vol. II. Anotado y Concordado por Adolfo Alvarado Velloso. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni Editores, 2000, p. 274-275.

²⁵⁴Ibidem.

²⁵⁵LIMA, Marcellus Polastri. **A Prova Penal**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002, p. 118.

²⁵⁶No período das ordálias, após a decadência do Império Romano, iniciou-se uma fase mais religiosa do sistema probatório, onde se acreditava que os julgamentos eram decididos pelo juízo dos Deuses, que assistiriam a quem estivesse com a razão. O acusado seria submetido, assim, a uma prova divina, da qual supostamente Deus não o deixaria sair com vida caso aquele fosse culpado. O duelo era uma das espécies de prova mais usadas de todas as ordálias. A obtenção da verdade era buscada por todos os meios possíveis, e, como a confissão, à época, era vista como a rainha das provas, o fim precípua da inquirição era a obtenção da confissão do acusado, apesar de Neves e Castro dizer que não se pode fazer tal sustentação. A confissão era obtida com o interrogatório, com o juramento, ou com a tortura, como indica Guglielmo Sabatini. Se o acusado confessava no interrogatório, submetia-se à pena ordinária; se negava as acusações contra ele feitas, era em seguida torturado. Se este método ainda assim não era suficiente para que se obtivesse uma confissão, as técnicas (de tortura) eram reiteradas e intensificadas. Em não confessando, recolhiam-se todos os indícios contra ele, e a partir daqui poderia liberado das acusações, ou poderia ser condenado a uma pena extraordinária ao arbítrio do juiz. Cf. BUTTENBENDER, Carlos Francisco. **Direito Probatório, Preclusão & Efetividade Processual**. Curitiba: Juruá, 2004, p. 71; NEVES E CASTRO, Francisco Augusto. **Teoria das Provas e suas aplicações aos atos civis**. Atualização ortográfica da 2ª ed. da obra, editada em 1917. Campinas: Servanda, 2000, p. 43-49; e SABATINI, Guglielmo. **Teoria delle Prove nel Diritto Giudiziario Penale**. Catanzaro, 1909, p. 31.

erro tomar a delação em si como indício. No entanto, ainda que ausente seu valor probatório pleno e irrefutável, ao menos balizará a apreciação da prova pelo juiz. Assim o sendo, não pode o juiz ignorá-la.²⁵⁷

Para abordar melhor o assunto, é interessante tentar aplicar aqui algumas normas instrutórias firmadas pela Suprema Corte dos Estados Unidos nesse sentido. Ela preconiza que é inadmissível a assunção de culpa do acusado por parte do juiz quando não se certificou que aquele aceitou o acordo de forma voluntária e consciente. Alerta ainda sobre a necessidade de se verificar o suporte fático para a assunção de culpa, antes que a corte ratifique o acordo. Por fim, ainda constatou que o juiz deve realizar um controle quanto à espontaneidade e propriedade do pedido.

Essas determinações foram inseridas num conceito denominado pela doutrina de devido processo legal da *plea bargaining*, segundo o qual o juiz deve examinar alguns elementos ao decidir sobre a ratificação ou não de um acordo, quais sejam, a manifestação de vontade voluntária e consciente do delator em assinar o acordo, e a existência de suporte fático que embase o crime pelo qual o acusado será condenado.²⁵⁸ Há, entretanto, um problema neste último quesito. É que, justamente em razão da anuência do delator em assinar o acordo, não se costuma exigir uma investigação exaustiva dos supostos fáticos que ensejariam a sua condenação.

Até o final da década de sessenta, nos Estados Unidos, o procedimento da *plea bargaining* era inclusive mais informal: o juiz ratificava o acordo entre a acusação e a defesa sem aferir os elementos das negociações, inclusive o comportamento das partes naquela fase. Já havia àquela época o problema do valor probatório do instituto.²⁵⁹

José Lebre de Freitas, em seu livro sobre a Confissão no Direito Probatório, entende que a desfavorabilidade do que se confessa ao confitente é o que atribui a este a legitimidade para confessar.²⁶⁰ Essa posição desfavorável, de certa forma, não se verifica na colaboração premiada, uma vez que a colaboração dá-se sob condição ou termo, é uma negociação onde o interesse do confitente não repousa no próprio ato de declarar, mas em seus efeitos jurídicos, quais sejam, os benefícios advindos do acordo de delação ou leniência.

²⁵⁷DIDIER JR., Fredie. **Considerações sobre a Confissão**. In Provas: aspectos atuais do direito probatório. NEVES, Daniel Amorim Assumpção (coord.). São Paulo: Editora Método, 2009, p. 168.

²⁵⁸HILL, Flávia Pereira. **Plea Bargaining – Uma Incursão no Sistema Processual Penal Norte-Americano**. In: Temas Contemporâneos de Direito Processual. João de Almeida, e João Luiz da Silva Almeida (edit.). Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p. 523.

²⁵⁹Ibidem, p. 522.

²⁶⁰FREITAS, José Lebre de. **A Confissão no Direito Probatório**. 2º ed., fev., 2013. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 60.

Ora, não é difícil observar que, ainda que o leniente ou delator receba como incentivo para colaborar a possível concessão de benefícios em seu favor, o simples fato admitido por ele, qual seja, da coautoria do crime em questão, a exemplo do cartel, continuará a ser investigado pelo juiz, além de confrontado com as demais provas nos autos, uma vez que no direito processual penal prepondera a busca da verdade real ou material²⁶¹.

Decorre disso justamente a afirmação de que os elementos resultantes da atividade probatória devem ser qualificados a partir de exigências que ultrapassam muito a simples constatação da falta de força que a colaboração premiada tem, isoladamente, para possibilitar a formação de um juízo condenatório (PEREIRA, 2013, p. 90).

Ademais, a confissão difere da delação por esta não ser espontânea e envolver declarações quanto a atos de terceiros. Em defesa à sua admissão, no entanto, cita-se Paulo Heber de Moraes e João Batista Lopes: “se há interesse social em que os culpados sejam punidos, há muito mais de que não o sejam os inocentes”²⁶². Interroga-se então sobre a ausência de espontaneidade na colaboração, condição necessária para uma confissão perante a Justiça. Isto porque a espontaneidade, nas palavras de Marcellus Polastri Lima, torna “mais fortes os indícios ou motivos de descrédito [...], pois hipóteses de possível mentira encontram mais fácil acesso no espírito do Juiz”.²⁶³

Ora, a partir das próprias palavras de Lima, vê-se que a consequência disso não é a exclusão da delação como meio de prova válido, mas a aferição de sua credibilidade por critérios como a personalidade do colaborador, as suas declarações em si, e a forma em que se deu sua “confissão”. Nesse sentido, ao fazer declarações sobre atos de terceiros, o delator é tomado como testemunha, e suas palavras estarão sujeitas à aferição pelo juiz de critérios de credibilidade e sinceridade.²⁶⁴ A importância dessas aferições destaca-se ainda mais a partir da lista que Max Hirschberg faz, em sua análise das sentenças errôneas em processo criminal, das principais causas de tais erros:

avaliação não crítica da confissão, apreciação não crítica das acusações dirigidas pelos corréus, estimação não crítica dos depoimentos testemunhais, erro no reconhecimento de pessoas, e a mentira como prova da criminalidade.²⁶⁵

²⁶¹LIMA, Marcellus Polastri. **A Prova Penal**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002, p. 8.

²⁶²MORAIS, de Paulo Heber de, e LOPES, João Batista. **Da Prova Penal – Teoria e Prática**. Campinas: Julex Livros Ltda., 1978, p. 111.

²⁶³LIMA, op. cit., p. 124.

²⁶⁴CAMPOS, Asér Martins de Souza, e JUNIOR, Asér de Souza Campos. **Breves Anotações sobre a Prova e Erros Judiciários**. 1984, p. 16.

²⁶⁵HIRCHBERG apud CAMPOS, Asér Martins de Souza, e JUNIOR, Asér de Souza Campos, Ibidem, p. 74.

Sobre isso, diz a Regra 403 das Regras Federais de Provas do ordenamento estadunidense sobre a exclusão de uma prova caso o seu valor probatório esteja submetido a risco de preconceito injusto, à probabilidade de se iludir o Júri, de confusão do objeto do processo, ou a sua própria desnecessariedade no processo por uma questão temporal ou pela cumulatividade material de provas.

A confissão é considerada também como um meio de prova.²⁶⁶ Os meios de prova são “os elementos que podem justificar ou esclarecer os fatos que se apuram, através dos quais se irá adquirir o conhecimento de um objeto de prova” (LIMA, 2002, p. 10). De forma análoga à confissão, defende-se que a delação e a leniência não podem ser consideradas provas, mas meios de provas na investigação de crimes econômicos. Pontes de Miranda os caracteriza como as próprias fontes de prova, das quais se obtêm os elementos da prova.²⁶⁷ Tais meios, no processo penal, são ilimitados, salvo se contrários à sistemática processual vigente.

Fredie Didier Jr., em meio a algumas de suas considerações sobre a confissão – um meio de prova com efeitos importantes –, defende que, não obstante o fato de que ela produza efeitos processuais importantes, não pode ser tratada como prova plena; deverá ser feita uma apreciação *in concreto* do conjunto probatório.²⁶⁸

Tiago Cintra Essado trata da natureza de prova quando fala de delação premiada como instrumento de repressão à criminalidade organizada, mas divide sua natureza jurídica de uma forma diferente, em fonte de prova, meio de prova e meio de obtenção de prova²⁶⁹. Ele não reconhece, no entanto, a delação como meio de prova, pois ela se dá por meio de um interrogatório, que já tem, segundo o autor, natureza jurídica específica, de meio de defesa. Ainda assim, Essado defende que o melhor enquadramento a ser dado para a delação é o de meio de obtenção de prova. Segundo ele, o instituto referido é por si só neutro, o que o conectaria com a própria definição de meio de obtenção de prova. Disso resulta que não é certo o resultado advindo da delação; ela pode ou não ser eficaz e contribuir com o poder punitivo do Estado.

²⁶⁶DIDIER JR., Fredie. **Considerações sobre a Confissão**. In Provas: aspectos atuais do direito probatório. NEVES, Daniel Amorim Assumpção (coord.). São Paulo: Editora Método, 2009, p. 161-178.

²⁶⁷MIRANDA, Pontes de. Apud LIMA, Marcellus Polastri. **A Prova Penal**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002, p. 8.

²⁶⁸DIDIER JR., Fredie, op. cit., p. 167.

²⁶⁹ESSADO, Tiago Cintra. **Delação premiada e idoneidade probatória**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 101, 2013, p. 203-227.

Nessa linha de raciocínio, Essado reconhece a possibilidade de considerar o delator como fonte de prova, tendo em conta sua utilidade para a solução do caso, caso observadas algumas regras mínimas, às quais se submeterá o seu livre-arbítrio.

A fonte de prova seria, segundo Lima (2002, p. 22), “tudo aquilo que é idôneo a fornecer resultados apreciáveis pela decisão do juiz, como ocorre com a testemunha e com os documentos”. Dela se extrai o elemento de prova, um dado bruto ainda não valorado pela autoridade. Em seguida, da valoração obtém-se um resultado probatório, que junto com resultados obtidos de outros meios de prova, auxiliam na busca do fato histórico.

Pelo exposto acima, observa-se que, sendo caracterizada como meio de prova ou fonte de prova, a eficiência da colaboração mantém-se como potencialmente alta, não podendo esta ser ignorada, mas devendo ser valorada corretamente para sua eficácia.

Ora, um dos pontos fracos dos carteis é a falta de laços entre seus membros que não os meramente econômicos. Assim, a simples assinatura da leniência explora a “incerteza”, o natural nervosismo e a desconfiança que existe na maioria dos conluíus. Explica-se. O sucesso de um cartel depende de todos os seus componentes, mas a dinâmica do mercado é diversa, uma vez que, sendo todos concorrentes uns dos outros, o sucesso de cada uma das empresas depende em maior ou menor grau do fracasso de outras. É uma estrutura complexa, mas também instável e, mais cedo ou mais tarde, acaba desmoronando-se.

O acordo de colaboração premiada destrói por dentro tal estrutura, obrigando que o delator confesse sua participação no conluio e que cesse imediatamente suas atividades dentro daquela organização. No mais, como já dito, o acordo junta provas aos autos que dificilmente seriam obtidas de outro modo, sequer com análise de mercado e explicações racional-econômicas, como o faz o paralelismo *plus*.

Ademais, analogamente ao exame que Alexandre Freitas Câmara faz da valoração de laudos periciais, afirmando que o juiz não pode ser tido como um mero “homologador” de laudos periciais,²⁷⁰ é certo que na colaboração processual, o Tribunal que julgará as provas colhidas durante o processo investigativo não pode deixar de fazer um juízo sobre todo o conjunto probatório trazido nos autos.

A simples existência de um acordo de leniência, por exemplo, naquele processo não destitui o ônus do juiz de valorar as outras provas, inclusive as produzidas em sede de defesa.

Nessa oportunidade, o processo penal inglês definia o dever do juiz em advertir os jurados dos riscos de uma possível condenação tão somente baseada nas declarações do

²⁷⁰ CÂMARA, Alexandre Freitas. **A Valoração da Perícia Genética**. In Provas: aspectos atuais do direito probatório. NEVES, Daniel Amorim Assumpção (coord.). São Paulo: Editora Método, 2009, p. 19.

colaborador, sob pena de anulabilidade.²⁷¹ Chamada de *warning*, a medida foi seguida também nos Estados Unidos a partir da segunda metade do século XX.

Um juiz sênior da Corte de Apelações dos Estados Unidos, Stephen S. Trott, também endereçou o assunto, alegando ser mais complexo do que se pensa o problema de se usar um criminoso como testemunha. Ele compara o uso do instituto da delação ao uso do bisturi, no sentido de que este será um instrumento eficaz no sucesso de cirurgias ou causador de danos quando usado sem cuidado, sem preparação. Os colaboradores são ainda mais perigosos que um bisturi usado por mãos inexperientes, pois têm mente própria, e podem ser motivados a delatar uma atividade criminosa tão somente por interesse próprio.²⁷²

Trott alerta que a lei que reconhece os acordos de responsabilidade criminal (*plea agreements*) diz se este pode ou não vir a ser usado, não sendo automaticamente admitidos como prova.²⁷³ Em seguida, lista alguns conselhos ao Promotor Público e ao juiz na busca da verdade e na justa e eficaz aplicação do instituto da delação premiada, tais quais, como conduzir o interrogatório e obtenção de informações por parte da testemunha, como testar sua história, a partir do exame cruzado (*cross-examination*).

Em última análise, as precauções tomadas para evitar inseguranças quanto à veracidade das acusações feitas pelo colaborador e ao abuso de poder pelos órgãos de acusação, seriam o interrogatório direto do acusado, pela acusação (*examination-in-chief*); seguido do contrainterrogatório (*cross-examination*), feito pela defesa; e, por último, o retrointerrogatório (*re-examination*), momento em que se resolveriam pontos levantados durante o contrainterrogatório.

O exame cruzado revelar-se-ia, assim, um excelente instrumento para constatar a veracidade ou não das informações oferecidas pelo delator, tal que possibilitaria à Corte perquirir este sobre suas atividades pretéritas, que constituiriam provas da credibilidade do seu depoimento. Tal conclusão é errônea, na linha de pensamento deste estudo, porque os crimes de colarinho branco e os carteis são feitos por pessoas até então de reputação inidônea, o que geraria um resultado falso no exame cruzado feito para atestar a credibilidade do delator a partir de seu passado.

Quanto ao valor dado às declarações fornecidas pelos colaboradores de justiça nos processos contra a máfia na Itália, algumas decisões da Corte de Cassação Italiana

²⁷¹PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação Premiada: legitimidade e procedimento**. Curitiba: Juruá, 2013, p. 140-158.

²⁷²TROTT, Stephen S. **O uso de um criminoso como testemunha: um problema especial**. In: Revista dos Tribunais, ano 96, vol. 866, dezembro de 2007, p. 403-445.

²⁷³Ibidem, p. 428.

(equivalente ao nosso Supremo Tribunal Federal) diagnosticaram como válidas e suficientes as evidências obtidas pelos contrainterrogatórios (*cross-examination*) de diferentes colaboradores, ainda que não fossem objetivamente idênticas. Ainda assim, outras decisões entenderam ser admissíveis uma declaração *de relato*, isto é, informações não baseadas no que o colaborador de justiça diz que experienciou diretamente, mas em outras declarações, supostamente feitas em momentos anteriores a ele por pessoas que agora podem estar mortas, desaparecidas ou relutantes em as confirmar.²⁷⁴

Adicionalmente, o sistema italiano também traz dispositivos que prezam pela maior autenticidade e credibilidade das informações dadas em sede de delação relacionadas direta ou indiretamente ao fato criminoso. O Código de Processo Italiano, em seu art. 192, parágrafo 3º, dispôs entendimento que já era majoritário da Corte de Cassação Italiana, qual seja, de que as declarações do copartícipe deveriam ser valoradas em conjunto com outros elementos de provas que lhe confirmam credibilidade.²⁷⁵ Com efeito, os *pentiti* são considerados testemunhas suspeitas, e são tratados com uma disciplina rigorosa por lá, diversamente dos demais testemunhos, inclusive no que se refere a uma valoração prudente – será prova válida somente se analisada em conjunto a outros elementos.

O legislador italiano reconhece agora uma “presunção relativa de suspeição nas declarações dos arrependidos processuais” (PEREIRA, 2013, p. 147), e atrela o livre convencimento do juiz a uma análise obrigatória do conjunto probatório como um todo (procedimento denominado em italiano de *chiamata di correo/in correità*).²⁷⁶

Assim essa valoração será feita da seguinte maneira:

- (a) em primeiro lugar, deve-se verificar a credibilidade do declarante através de dados como sua personalidade, seu passado, sua relação com os acusados, o motivo de sua colaboração;
- (b) posteriormente, analisa-se a confiabilidade intrínseca ou genérica da declaração, auferida da sua seriedade, precisão, coerência, constância e espontaneidade;

²⁷⁴O texto original dispunha: “valid and sufficient the cross-confirmation evidence of the depositions of different collaborators, even in the absence of 'objective' counterparts. Yet, another decisions deemed admissible a *de relato* declaration, that is information not based on what the collaborator says he has directly experienced, but rather on other declarations, allegedly issued in the past to him by people that now might be dead, missing or unwilling to confirm.” Cf. PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação Premiada: legitimidade e procedimento**. Curitiba: Juruá, 2013.

²⁷⁵Ibidem, p. 147. No art. 192, parágrafo 3º, sob o título *Valutazione della prova*, consta: “Le dichiarazioni rese dal coimputato del medesimo reato o da persona imputata in un procedimento connesso a norma dell'articolo 12 sono valutate unitamente agli altri elementi di prova che ne confermano l'attendibilità”.

²⁷⁶Ibidem, p. 148-149.

(c) por último, valora-se a existência e coexistência das declarações com o confronto das demais provas, ou seja, atesta-se a confiabilidade extrínseca ou específica da declaração.²⁷⁷

Semelhantemente, na Espanha, uma das exigências de seus Tribunais Constitucional e Supremo – para afastar a presunção de inocência na delação premiada – é que esta encontre respaldo “em circunstâncias, fatos ou dados externos, ainda que periféricos, que avalizem a veracidade das informações, o que, por certo, somente pode ser aferido caso a caso”.²⁷⁸

Entendimento similar foi adotado nas ações penais da Operação Lava Jato contra os réus com foro privilegiado, por prerrogativa de função. Elas estão sendo promovidas pelo chefe do Ministério Público Federal, Janot. Sua atuação foi elogiada diante de peças (do processo) “informativas detentoras de verossimilhança, mas ainda carente de complementações”.²⁷⁹ Ele seguiu uma conduta já majoritária de que não bastam as delações feitas, neste caso, relacionadas a crimes de corrupção, lavagem de dinheiro, evasão de divisas e formação de cartel, e envolvidas a Petrobrás e outras empreiteiras. A própria Lei n.º 12.850/2013 consagra essa posição já dominante, no parágrafo § 16º do art. 4º, mas não esclarece com maior precisão, como é feito no sistema italiano, quais as etapas e critérios a serem observados para a valoração, com cautela, das declarações do colaborador.

4.3.3. *O convencimento do juiz*

Como analisado no primeiro capítulo, após serem derrubados os mitos da verdade e da certeza no processo, entendeu-se que o convencimento seria resultado das probabilidades dos fatos, na medida em que o juiz, em meio a representações hipotéticas dos fatos contrapostos pelas partes, busca estabelecer o grau de fundamento daquela afirmação sobre o fato a partir dos dados que lhe estão disponíveis. Quanto às probabilidades, resta reconhecer que não cabe sequer falar em reconstrução dos fatos, mas em um convencimento sobre fatos e situações. Conforme argumenta Cristiano Chaves de Farias, a prova aproxima a realidade do conhecimento humano, assumindo uma função “argumentativa e dialética” (FARIAS, 2009, p. 87).²⁸⁰

²⁷⁷ D'AMBROSIO, Loris apud BITTAR, Walter Barbosa. **Delação Premiada no Brasil e na Itália**. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. Ano 19, n. 88, jan-fev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 225-270.

²⁷⁸ PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação Premiada: legitimidade e procedimento**. Curitiba: Juruá, 2013, p. 149-150.

²⁷⁹ MAIEROVITCH, Wálter. **Sábria prudência**. In: Carta Capital, 10 de março de 2015. Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/revista/840/sabia-prudencia-6311.html>> Acessado em 14 de abr de 2015.

²⁸⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de. **Contornos sobre a Prova na Investigação de Paternidade**. In Provas: aspectos atuais do direito probatório. NEVES, Daniel Amorim Assumpção (coord.). São Paulo: Editora Método, 2009, p. 83-110.

Finalmente, nas palavras de Francisco Rosito, o convencimento deve ser visto como “o resultado de um juízo de probabilidade em fase dos elementos probatórios”.²⁸¹ Acontece que o balanço de probabilidades, isoladamente, não é suficiente para a condenação do cartel.

Nesse sentido, Arthur Pinto de Lemos Jr. defende que a prova da culpabilidade deve ser segura e indubitosa (certa) para abalar a presunção de inocência. Assim, as declarações e suas provas derivadas devem chegar a uma conclusão *beyond a reasonable doubt*, onde estes outros elementos de provas confirmem as acusações feitas em sede do acordo, conferindo credibilidade às suas palavras,²⁸² a partir de um processo lógico. Como já analisado, mesmo uma declaração testemunhal deve ser confirmada por outros elementos de prova a fim de que lhe seja conferida credibilidade.

Há uma preocupação de Danilo Knijnik quanto à fundamentação do convencimento do julgador, na medida em que mesmo um processo lógico de formação da conclusão do julgador não consegue estar isento de subjetivismo por parte deste. Surge um problema já referido acima: para se chegar ao resultado – à justiça que o caso exigia – são encontrados fatos que não eram necessariamente os fatos reais do caso.²⁸³

Acontece que a intuição e a pré-compreensão, segundo Knijnik, sempre revelam contingências no processo decisório sobre fatos, e o juiz tem de escolher entre aplicar um processo lógico conduzido pelo direito probatório, ou chegar à solução do problema formulando perguntas e respostas conjecturadas a partir de sua cultura jurídica, sua formação legal e suas experiências teórico-práticas. A saída mais eficaz sugerida por ele, contudo, é o aperfeiçoamento dos “controles racionais disponíveis à formação do juiz de fato”²⁸⁴, para eliminar o maior número possível de aspectos subjetivos das decisões.

Dessa maneira, em menção a Llewellyn, diz-se que é mister elaborar técnicas racionais que admitam a liberdade em casos onde é necessária para que se faça justiça, e que vedem a mesma quando seu uso gerará arbitrariedade, além de técnicas que guiem o juiz naqueles casos primeiros.²⁸⁵

²⁸¹ROSITO, Francisco. **Direito Probatório: as máximas de experiência em juízo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 48.

²⁸²LEMONS JR., Arthur Pinto de. **Delação premiada: posição favorável**. In Jornal Carta Forense: 05 de maio de 2014. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/delacao-premiada-posicao-favoravel/13614>> Acessado em 14/04/2015.

²⁸³POUND, Roscoe. An introduction to the philosophy of law. Apud KNIJNIK, Danilo. **Ceticismo fático e fundamentação teórica de um Direito Probatório**. In: Prova judiciária: estudos sobre o novo direito probatório. KNIJNIK, Danilo (coord.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 15.

²⁸⁴KNIJNIK, Ibidem, p. 18-19.

²⁸⁵KNIJNIK, Ibidem, loc. cit.

Uma delas, como o legislador denota seja na delação premiada, quanto na leniência, é a de que estas têm de ser eficazes, o que indica um ônus do leniente em comprovar suas declarações. Acontece que a autoridade que conduzir as investigações também estará incumbida de convencer o juiz do valor probatório daqueles depoimentos, documentos, etc. Questiona-se, portanto, como fica a distribuição do ônus da prova nesse caso, e se ele interfere na decisão final no processo.

O colaborador, ao ter seu acordo de leniência ou delação aprovado, adquire o encargo de provar os fatos alegados, sob pena de não receber os benefícios advindos da cooperação. Invoca-se aqui a máxima relativa ao ônus da prova.²⁸⁶

Tércio Sampaio Ferraz Junior levanta a questão do ônus da prova no direito concorrencial, indagando-se como resolver a questão da assimetria de informações.²⁸⁷ Esse problema é muito atual nas discussões sobre a criminalidade econômica, a exemplo dos agentes envolvidos em carteis, os quais elaboram uma estrutura muito complexa de troca de informações a fim de que as autoridades não tenha acesso a nada – ilícito – referente ao seu funcionamento. O acesso aos dados, num conluio entre agentes, é quase impossível por parte das autoridades.

O impasse ocorre na medida em que cabe às autoridades provarem a conduta e a autoria para a condenação dos agentes, mas são os Representados que detêm todas as provas, e que são obrigados, num acordo de leniência, a entregá-las todas, a fim de que a autoridade as interprete e se convença de seu valor probatório.

Tércio Sampaio cita o instituto do ônus da prova secundário para tentar esclarecer a questão. Segundo ele, este se dá pelo fato de que a simples imputação do ônus da prova ao acusador pelo réu não exime este da acusação, quando presumidamente dispõe dos dados e conhecimentos, enquanto o acusador desconhece os fatos fundamentais do caso.

O autor determina então que “dada certa equivalência na assimetria de acesso a informações, a presunção de responsabilidade pelo efeito danoso por parte do réu prevalece na distribuição do ônus da prova em detrimento deste e em favor do autor”²⁸⁸. Dessa forma, tal como normalmente o réu tenta provar sua inocência no caso, na leniência o colaborador deve conseguir provar sua culpa e a culpa dos terceiros acusados que está delatando, cabendo

²⁸⁶ LIMA, Marcellus Polastri. **A Prova Penal**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002, p. 13-16.

²⁸⁷ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Direito da concorrência e enforcement privado na legislação brasileira**. In RDC, Vol. 1, nº 2, Novembro 2013, pp. 11-31. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/revista/index.php/revistadedefesadaconcorrencia/article/view/75>>. Acessado em 14 de abril de 2015.

²⁸⁸ Ibidem.

à autoridade investigativa valorar as provas e encaminhar um relatório ao julgador, sugerindo ou não sua condenação.

Isto porque, segundo Vicente Greco Filho, o princípio da presunção de inocência seria sim mitigado em relação ao leniente, mas não aos demais acusados, uma vez que

o ônus da prova para a defesa é imperfeito, ou diminuído, em virtude do princípio *in dubio pro reu*, que leva à absolvição, no caso de dúvida de imputação. Assim, em princípio, à defesa incumbe a iniciativa da prova das excludentes, mas basta-lhe a prova que suscite uma dúvida razoável, porque a dúvida milita em seu favor.²⁸⁹

Consequentemente, cabe ao leniente ou delator a produção de provas que comprovem a materialidade e a autoria do crime em seu desfavor, para além de uma dúvida razoável. Na verdade, vai muito além disto. Como conclui Paulo Henrique dos Santos Lucon, o Direito Administrativo Sancionador adota um modelo de constatação aproximado ao processo penal, em que a veracidade das proposições dos autos deve ser demonstrada segundo um padrão alto de convencimento²⁹⁰.

O juiz, por sua vez, só pode atuar na busca da prova de forma supletiva, já que, passada a fase propriamente de instrução, “se ele [magistrado] entregar-se à instrução da causa com o ardor de um detetive diligente, estará quebrada a garantia da defesa plena e comprometida toda a estrutura acusatória do processo penal”.²⁹¹

Da mesma forma, somente na última fase probatória o mérito é apreciado pelo juiz, momento em que se decide pela concessão ou não do benefício ao colaborador, e em qual extensão. O juiz tem a liberdade de adequar a proposta inicial ao caso concreto constatado até aquele momento. Aqui, é considerado ainda o comportamento do indivíduo após a homologação do acordo, sendo imprescindível sua vontade em cooperar com as autoridades.

Caso os resultados da colaboração sejam satisfatórios, no administrativo sancionador, há a hipótese inclusive de extinção da punibilidade do leniente. No processo penal, o réu receberá o perdão judicial, diminuição ou substituição de pena, resultados estes que serão obtidos a partir da análise das circunstâncias previstas no parágrafo primeiro do artigo

²⁸⁹GRECO FILHO, Vicente apud LIMA, Marcellus Polastri. **A Prova Penal**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002, p. 26.

²⁹⁰O trecho foi levemente alterado, mantendo em sua integralidade a conclusão a que chegou Lucon em sua análise. Cf. LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **A Prova na Ação de Improbidade Administrativa**. In: *A Prova no Direito Processual Civil: Estudos em homenagem ao professor João Batista Lopes*. Olavo de Oliveira Neto, Elias Marques de Medeiros Neto, e Ricardo Augusto de Castro Lopes (coord.). 1ª ed.. São Paulo: Editora Verbatim, 2013, p. 542.

²⁹¹MARQUES, Frederico apud LIMA, op. cit, p. 17.

supramencionado. Há ainda a hipótese de não oferecimento da denúncia por parte do Ministério Público contra o colaborador, a ser homologado pelo juiz.²⁹²

Aliás, no direito estadunidense, o Ministério Público também tem uma real discricionariedade seja na condução da investigação que na disposição da ação penal. Assim, ele conduz a investigação como bem entender, declina uma propositura de ação ou mesmo a esta dá prosseguimento, sem se precisar da interferência do Poder Judiciário. Nesse sentido, ele poderá praticamente negociar a pena com o acusado, discricionariedade essa chamada de *plea bargaining*.²⁹³ Instrumento semelhante é a *plea guilty*. O procedimento da *plea bargaining*, perante as cortes federais, é regido pelas *Federal Rules of Criminal Procedure*.

Ou seja, verifica-se aqui o princípio da oportunidade, o qual confere ao Ministério Público a chance de selecionar e conduzir procedimentos de colaboração processual. Do outro lado da moeda tem-se o colaborador, cuja natureza interessada gera dúvidas quanto às informações providenciadas em seu testemunho, como já exposto.

Sugere-se, a fim de desincentivar a colaboração com testemunhos e provas documentais falsas e facilitar a análise do conjunto probatório para a formação do convencimento do juiz, que os programas das agências exijam provas que não requeiram corroboração e que não sejam errôneas. No mais, a concessão de imunidade deve ocorrer somente após a entrega de todas as provas e evidências de que dispuser o leniente, devendo a agência manter em segredo sua provável decisão pelo maior tempo possível, visto que o interesse do leniente cooperar pode diminuir caso seja já certa e sabida a concessão de imunidade a ele. O Departamento de Justiça dos Estados Unidos tem uma posição contrária a este último ponto. Segundo ele, a concessão de imunidade deve ser comunicada ao leniente o quanto antes.

Além disso, ele comunica que se deve: observar o máximo de transparência e legalidade no âmbito dos acordos, além da generosidade quando do cumprimento – pelo leniente – dos requisitos do programa; incluir na proteção também os diretores, presidentes (*managers*); deixar claro os requisitos para a concessão de imunidade; possibilitar que a leniência seja feita mesmo após iniciadas as investigações; e garantir o tratamento

²⁹² GRECO FILHO, Vicente. **Comentários à Lei de Organização Criminosa: Lei n. 12.850/2013**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 40.

²⁹³ GUIDI, José Alexandre Marson. **Delação premiada no Combate ao Crime Organizado**. São Paulo: Editora Lemos E Cruz – Publicações Jurídicas, 2006, p. 105-107.

confidencial do leniente e das informações fornecidas por este, salvo por decisão expressa em contrário.²⁹⁴

Essa negociação e condução do procedimento de colaboração devem ocorrer, pois, em sigilo. Ora, os crimes de natureza econômica, nos quais se inclui os carteis, causam um enorme impacto ao mercado, e o sigilo das operações é imprescindível para evitar maiores prejuízos, inclusive no que concerne à impunidade dos agentes. A lei mesmo diz que a intervenção policial ou administrativa deverá ser comunicada ao juiz competente, que indicará limites para a atuação deles e então comunicará ao Ministério Público. Mas tais intervenções deverão ser sempre sigilosas, a fim de que não se indiquem as operações que serão feitas,²⁹⁵ nem violem o princípio da presunção de inocência.

O caráter sigiloso dado ao acordo de colaboração é inclusive muito criticado por alguns, por supostamente ferir o contraditório e a ampla defesa, e defendido, por outros, por em tese garantir o êxito do processo investigativo.²⁹⁶ O sigilo será mantido até o oferecimento da denúncia.

Com todo o rigor processual italiano, ao se descobrir um relato falso do delator, como aconteceu com o mafioso Giovanni Brusca, operador do telecomando da carga de dinamite que matou o magistrado Giovanni Falcone,²⁹⁷ o processo de delação é suspenso por três anos. Mesmo com casos desses, onde a análise das provas e circunstâncias do caso leva anos para ser concluída, são raros os vazamentos. Não é o que ocorre no Brasil.

O cenário atual brasileiro é quase caótico. Os crimes de colarinho branco e os carteis ocorrem frequentemente, e o direito não tem se mostrado eficaz para conter todos os seus prejuízos. O caso “Lava Jato” foi posto em destaque pela mídia, e gerou um clamor popular de justiça. Algumas pessoas físicas aceitaram acordos de delação premiada e estão auxiliando o Ministério Público Federal nas investigações, que envolvem um grande esquema de lavagem e desvio de dinheiro relacionado à Petrobrás, grandes empreiteiras e políticos, alguns deles condenados também por participação em organização criminosa.²⁹⁸

²⁹⁴GAMITO, Marta Cantero. **Leniency Programmes in the Antitrust Fight**. In: Private Enforcement of the Competition Law. GILSAN, Javier Gutiérrez, LEDESMA, Carmen Alonso, SÁENZ, Joseba A. Echebarría, SAN PEDRO, Luis A. Velasco, SUÁREZ, Carmen Herrero (editores). 1ª ed., outubro de 2011. Valladolid, Espanha: Lex Nova, 2011.

²⁹⁵CAPANO, Evandro Fabiani. **Mercado Financeiro e Crime Organizado**. In: Site Contabil, 25 de novembro de 2014. Disponível em: <<http://www.sitecontabil.com.br/noticias/artigo.php?id=33>> Acessado em 14 abr 2015.

²⁹⁶FILHO, Vicente Greco. **Comentários à Lei de Organização Criminosa: Lei n. 12.850/2013**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 44-49.

²⁹⁷MAIEROVITCH, Wálter. **Sábria prudência**. In: Carta Capital, 10 de março de 2015. Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/revista/840/sabia-prudencia-6311.html>> Acessado em 14 de abr de 2015.

²⁹⁸Dentre os delatores, está Alberto Youssef, doleiro, Paulo Roberto Costa, ex-diretor de abastecimento da Petrobrás, Augusto Ribeiro de Mendonça Neto, da empresa Toyo Setal, o empresário Shinko Nakandakari,

O juiz Sergio Moro, responsável pelo julgamento dos processos das pessoas físicas que não têm foro privilegiado, derrubou no início de 2015 o sigilo de vários depoimentos de delatores como Youssef e Paulo Roberto Costa. Uma atitude como esta, no entanto, causa preocupação quanto aos possíveis danos no sucesso da operação.

Isto porque, como bem coloca Frederico Valdez Pereira, a renúncia voluntária do direito ao silêncio por parte do delator, para que receba benefícios a partir de sua confissão, e ainda que a esta se adicione a colaboração reveladora de feitos de outrem, não importa em violação ao direito a não autoincriminação, nem mesmo o prêmio concedido a ele retira o caráter voluntário da renúncia àquele direito.²⁹⁹

Conforme disciplina Frederico Valdez,

Entender a prerrogativa em sentido oposto significaria considerar que o acusado tem algum dever fundamental de contrapor-se à pretensão punitiva, o que, por certo, inexistente. De qualquer modo, é importante mencionar ainda que não se há como refletir com base na confissão própria do processo medieval inquisitivo, a qual impunha ao órgão jurisdicional, independente de sua veracidade, a condenação do confitente. **No atual sistema tem-se mero reconhecimento dos fatos, que não importa em alguma eficácia vinculativa, não se presta a afastar a presunção de inocência, tampouco pode, isoladamente, determinar o conteúdo da decisão sequer frente ao confitente** [grifo meu].³⁰⁰

Nesse sentido, nem a existência de um acordo de delação ou leniência, nem sequer a confissão por parte do colaborador exigida para a celebração e homologação do acordo afastam a presunção de inocência, até que haja uma efetiva condenação e trânsito em julgado, motivo pelo qual o vazamentos das declarações, dos documentos, ou de qualquer outro conteúdo do acordo pode ser prejudicial à presunção de inocência do acusado e até mesmo ao desfecho do caso pela contaminação do convencimento do juiz.

Ademais, a observância do sigilo permite à autoridade fazer uso de uma técnica de investigação que confere à leniência uma parte da eficácia que a faz se destacar em relação

suspeito de intermediar passes entre as empreiteiras, Pedro Barusco, ex-gerente da diretoria de serviços da Petrobrás, Julio Camargo, consultou que trabalhou para a Toyo Setal, Luccas Pace Junior, ex-funcionário da doleira Nelma Kodama, Carlos Alberto Pereira da Costa, acusado de ser o “laranja” de Youssef, Dalton Avancini, presidente da Camargo Corrêa, e Eduardo Leite, ex-presidente da empresa. Outros delatores não tiveram suas identidades reveladas. É importante citar que João Auler, presidente do Conselho de Administração também da Camargo Corrêa, teve seu acordo de delação negado, uma vez que, para o Ministério Público Federal, não falou tudo que sabia sobre os delitos investigados. Outro ponto importante é recente: em abril deste ano, Paulo Roberto Costa alterou a versão de sua delação, afirmando dessa vez que as obras da Petrobrás investigadas pela Lava Jato não eram superfaturadas. Cf. **Entenda a Operação Lava Jato, da Polícia Federal**. Folha de São Paulo. 14 de novembro de 2014, atualizado em 27 de abril de 2015. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2014/11/1548049-entenda-a-operacao-lava-jato-da-policia-federal.shtml>> Acessado em 02 de maio de 2015.

²⁹⁹PEREIRA, Frederico Valdez. **Compatibilização Constitucional da Delação Premiada**. Revista CEJ. v. 17, n. 59, jan./abr. 2013. Brasília: CJF, 2013, p. 84-99.

³⁰⁰Ibidem.

aos outros meios de investigação: os *dawn raids*, ou inspeções não anunciadas, em que são colhidas inúmeras provas para a apuração do fato delituoso, baseadas no elemento “surpresa”, e no habitual descuido das pessoas.

Outro exemplo da importância do sigilo é a manipulação do convencimento do juiz pela mídia. Rui Cunha Martins alerta para os perigos da proposta de redução da complexidade dos crimes oferecida pela *mass-media*.³⁰¹ A comunicação social insere o acontecimento criminoso em generalizações e esquematizações, operando a evidência, fornecendo a sua “verdade real”. Faz menção a Geraldo Prado, o qual informa como a *mass-media* transmite implicitamente a ideia de que a investigação feita por eles é mais ágil e eficaz, se comparado ao sistema processual penal, e de que as garantias processuais têm um caráter obsoleto e ineficiente. Com isso, segundo Prado,

a presunção de inocência sofre drástica violação, pois a imagem do investigado é difundida como pessoa responsável pela infração penal, e, em vista disso, o desequilíbrio de posições que os sujeitos têm de suportar durante o período de exposição do caso pelos media transfigura os procedimentos seculares de apuração e punição.³⁰²

O convencimento do juiz encontra-se permeado por todos os aspectos aqui trabalhados. Para afastar o problema da aplicação de perguntas e respostas obtidas de um subjetivismo do julgador, faz-se necessário o aperfeiçoamento de técnicas racionais de formação do convencimento deste. Além disso, é ônus do leniente ou delator produzir provas que constatem a existência do cartel e sua autoria, para além de uma dúvida razoável, restando ao juiz atuar na busca pela prova apenas de forma supletiva. Da mesma forma, o sigilo do acordo é importante porque este não afasta a presunção de inocência, até o trânsito em julgado de uma possível condenação.

Finalmente, e analogamente ao que se objetiva com a reconstituição do crime prevista pelo Código de Processo Penal – a apuração do fato delituoso e identificação de seu autor (*smoking gun evidence*) –, a delação e a leniência fornecerão relatos, perícia, documentos, indícios, para que a autoridade constitua um novo fato. Os fragmentos de linguagem que se obtêm a partir dos acordos correspondem a uma “realidade incapaz de recriar o fato em sua inteireza”.³⁰³ Cabe ao juiz observar que, não obstante a consciência da

³⁰¹ MARTINS, Rui Cunha. **O Ponto Cego do Direito – The Brazilian Lessons**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 59.

³⁰² Ibidem, p. 67-68.

³⁰³ ANDRADE, Osvaldo Lucas. **Número e Fenômeno: Impossibilidade e Necessidade da Certeza no Processo Probatório**. In *Processo, Verdade e Justiça – Estudos sobre a Proba Judicial*. ZAGANELLI, Margareth Vetis (coord.). Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 239.

impossibilidade deste feito, é importante agir como se recriá-lo fosse sim possível, uma vez que impulsiona a busca máxima pela verdade, e dá função à prova.

5. Conclusão

A Procuradoria que trabalha junto ao CADE diz que as provas são indícios que pressupõem que os agentes econômicos com grande possibilidade se comportaram de forma a concertar as suas ações.³⁰⁴ É evidente o papel da colaboração premiada para a constatação dessas condutas cartelizadas e, consequentemente, para a motivação do convencimento do juiz, tal que, quando em consonância com o princípio do livre convencimento motivado, racionaliza as provas juntadas aos autos, criando, pela sua existência, uma coerência lógica entre as declarações do colaborador premiado, as demais provas juntadas aos autos, e as conclusões do juiz. A delação dá robustez ao conjunto probatório, fazendo com que este resista a uma crítica lógica.

Pode-se dizer que o instituto é instrumento eficaz na repressão estatal aos carteis porque, em teoria: explora a “incerteza”, o natural nervosismo e a desconfiança que existe na maioria dos conluios, destruindo por dentro a estrutura destes; evidencia um número maior de carteis, sem ter de iniciar investigações do zero para todos os casos, economizando os recursos limitados de que dispõem as agências antitruste; como advém de pessoa em posição privilegiada, identifica mais facilmente a estrutura da organização e os envolvidos até mesmo em casos que poderiam passar despercebidos pela justiça; junta provas aos autos que dificilmente seriam obtidas de outro modo.

Além disso, a partir de uma postura ativa das autoridades e da observância de garantias fundamentais, confere maior credibilidade formal às provas; em se tomando com cautela as declarações do delator sobre si mesmo e terceiros, garante a estas uma maior credibilidade subjetiva, além de destruir “de dentro pra fora” o cartel, se este existir; por último, garante maior segurança jurídica à motivação do convencimento do juiz, uma vez que, além de afastar deste, elementos que possam contaminar seu convencimento, disponibiliza ao juiz um contexto e meios de prova propícios para que seja feita uma análise lógica rígida acerca dos fatos investigados.

No entanto, a realidade é um pouco diversa do exposto acima. A Colaboração Premiada ainda encontra muitos percalços nesse caminho, por assim dizer, de sua eficácia. Primeiramente, tem faltado aos tribunais brasileiros, um olhar de desconfiança quanto às declarações do corréu, além de uma análise mais pormenorizada de sua credibilidade

³⁰⁴CADE – Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência. ProCADE – Procuradoria Federal - CADE. **Parecer ProCADE n.º 32/2007**. Processo Administrativo n.º 08012.002493/2005-16. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000319211303.pdf> Acessado em 10 de junho de 2015.

intrínseca e extrínseca. Tal como acontece na Itália, as declarações dos *pentiti* devem ser vistas com uma presunção relativa de suspeição, e sua valoração feita por meio de análise da credibilidade do declarante, da confiabilidade genérica da declaração, e da coexistência das declarações com o confronto com as demais provas, feita com todo o rigor com que o tema merece ser tratado.

A *omertà* é incentivada a ser quebrada nos EUA, nos acordos de leniência, com o objetivo de aumentar as falhas das práticas ilegais de fixação de preço, e reduzir o número de carteis já existentes, e na Itália, em seus acordos de delação, como instrumento que garantiria maior eficácia à resposta repressivo-estatal ao crime de cartel. Lá, a Colaboração Premiada obteve sucesso para os fins para os quais foi criada. Ora, o Brasil adotou modelos de colaboração de sucesso, mas não criou uma política criminal voltada para sua devida aplicação, nem um procedimento claro e criterioso de valoração probatória. Ademais, o aumento da demanda do poder punitivo do Estado foi atendido pelo legislador, o qual criou, entretanto, normas esparsas que acabam por permitir a aplicação da Colaboração Premiada em meio a uma ausência de critérios claros para sua utilização. Nesse sentido, observa-se que a conduta de cartel, na lei n.º 12.529/11, é inclusive mais aberta do que o crime de cartel tipificado pela lei n.º 8.137/90, o que deixa a eficácia da leniência disposta naquela referida lei ainda mais à mercê do arbítrio da autoridade antitruste em suas interpretações do dispositivo normativo.

A valoração dessa colaboração sem qualquer lastro, conduzida conforme a livre discricionariedade do juiz, demonstra um excesso na observância do princípio inquisitivo, e viola garantias fundamentais do delator ou leniente, conduzindo o processo a decisões menos justas e seguras juridicamente.

Um exemplo disso é a supressão do direito ao silêncio, que se depara hoje com um perigoso um limiar entre uma colaboração mais efetiva do leniente ou delator e um moralismo e autoritarismo por parte da autoridade. Essa é uma preocupação muito atual na esfera penal, mas que também deve ser discutida no âmbito do direito administrativo sancionador. A colaboração, juntamente com a decisão de ter seu direito ao silêncio mitigado, deve ser voluntária e consciente.

Da mesma forma, a extrema prioridade que se tem dado à celeridade processual levam os juízes a cometerem erros, como quando não avaliam criticamente a confissão e as declarações dirigidas aos demais acusados. Adicionalmente, a postura ativa das autoridades ao lidar com os acordos de Colaboração Premiada é válida e necessária, mas o problema de que quem procura sabe o que pretende encontrar verifica-se na medida em que as presunções da

autoridade nesse contexto assumem pontos de vista e uma carga ideológica que têm uma inclinação ou tendência potencialmente comprometedora da imparcialidade do julgador.³⁰⁵

Bem por isso cabe ao juiz atuar na busca da prova somente de forma supletiva na busca de provas, sob pena de comprometer toda a estrutura acusatória e a imparcialidade na formação de seu convencimento. No Direito Administrativo Sancionador, inclusive, em sendo a Administração Pública a principal titular da pretensão punitiva, esta por vezes despe-se de sua imparcialidade, inclusive aceitando com menor frequência a alegação de dúvida – que, no direito processual penal, em regra geral, favorece o infrator. Cabe então ao leniente ou delator a produção de provas que comprovem a materialidade e a autoria do crime em seu desfavor, para além de uma dúvida razoável, segundo um padrão alto de convencimento, menos rígido na esfera antitruste se comparado à seara criminal.

A falta de cautela e rigidez com que se lida, por vezes, com a Colaboração Premiada, enfraquece um instituto que é sim forte e potencialmente eficaz como manifestação do poder punitivo do Estado à grave conduta de cartel. Para que seja bem implementada, pois, é mister a necessária complementariedade do direito penal econômico e do direito administrativo sancionador na proposição de critérios mais claros da valoração das contribuições trazidas no âmbito do acordo.

³⁰⁵ MARTINS, Rui Cunha. **O Ponto Cego do Direito – The Brazilian Lessons**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 10-11.

Referências

_____. CADE – Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência. **Averiguação Preliminar n.º 08012.012116/1999-50**

_____. CADE – Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência. **Averiguação Preliminar n.º 08012.010626/2010-87**

_____. CADE – Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência. **Processo Administrativo n.º 08012.001119/2000-91**

_____. CADE – Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência. ProCADE – Procuradoria Federal - CADE. **Parecer ProCADE n.º 32/2007**. Processo Administrativo n.º 08012.002493/2005-16. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000319211303.pdf> Acessado em 10 de junho de 2015.

_____. CADE – Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência. **Voto do Conselheiro Luiz Fernando Schuartz**. Processo Administrativo n.º 08012.002493/2005-16. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000319211303.pdf> Acessado em 10 de junho de 2015.

_____. CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **CADE celebra acordo de leniência no âmbito da “Operação Lava Jato”**. 20 de março de 2015. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?aa9d6cbd57cc23e0350255ee7adb>> Acessado em 06 de maio de 2015.

_____. CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **CADE recebe título de agência antitruste das Américas em 2014**. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?2b1eec3cd54ba161b582d56dc58d>> Acessado em 06 de maio de 2015.

_____. CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?1d1d1fe12eec2f0b59>> Acessado em 27 de abril de 2015.

_____. CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ementa de Decisão no Processo Administrativo n.º 08000.015337/94-48**. Ementa retirada do seguinte sítio eletrônico: <http://nc-moodle.fgv.br/cursos/centro_rec/pag/comentarios/comentarios1/prova_plus.htm> Acessado em 06 de junho de 2015.

_____. CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Nota Técnica n.º 190/SG**. Processo Administrativo n.º 08012.003931/2005-55. p. 17. Disponível em: <http://www.anticartel.com/materias/docs/parecer_cade_MAIO_2013.pdf> Acessado em 30 de maio de 2015. p. 17.

_____. CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Nota Técnica n.º 190/SG**. Processo Administrativo n.º 08012.003931/2005-55. p. 17. Disponível em: <http://www.anticartel.com/materias/docs/parecer_cade_MAIO_2013.pdf> Acessado em 30 de maio de 2015. p. 18

_____. CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Voto do Conselheiro Thompson Andrade**. Processo Administrativo n.º 08012.000677/1999-70. 27 pg. 14 de julho de 2014. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000593821675.pdf> Acessado em 16 de junho de 2015.

_____. CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Voto do Conselheiro Vinícius Marques de Carvalho**. Processo Administrativo n.º 08012.006059/2001-73. 25 pg. 23 de fevereiro de

2011. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000586091160.pdf> Acessado em 16 de junho de 2015.

_____. CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Voto Vogal (Com Retificação) – Versão Pública, da Conselheira Ana Frazão**. Processo Administrativo n.º 08012.011142/2006-79. Disponível em: <http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?6FaC8_hjzwNSL-4pSZBnKoq70N69D1rZs8lGAfahk4MMaAum0SInrlvZFAYQ3zNPd3OC8s-XbAAokfTddK0dZQ,,>> Acessado em 13 de junho de 2015. p. 248-262 (no documento eletrônico).

_____. CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Voto Vogal do Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior**. Processo Administrativo n.º 08012.011142/2006-79. 531 pg. Disponível em: <http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?SkONKeKapqrBv2Tt7GYaty_hE5PfDsgYm_alzIQXBtX6HYX8vMR154ZcXOLPd6i22giNfmXMED4ZKNXYTOvLTQ>> Acessado em 13 de junho de 2015. p. 77-78 (do documento eletrônico).

_____. **Entenda a Operação Lava Jato, da Polícia Federal**. Folha de São Paulo. 14 de novembro de 2014, atualizado em 27 de abril de 2015. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2014/11/1548049-entenda-a-operacao-lava-jato-da-policia-federal.shtml>> Acessado em 02 de maio de 2015.

_____. Ordenações Filipinas. Vol. 1 a 5; edição de Cândido Mendes de Almeida. Rio de Janeiro, 1870. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l5p1272.htm>> Acessado em 02 de maio de 2015.

AGUIRRE, José Eduardo Suppioni de. **O Paradigma Jurídico da Contemporaneidade e seus Reflexos no Processo Civil**. In: Prova no direito processual civil: estudos em homenagem ao professor João Batista Lopes. Elias Marques de Medeiros Neto, Ricardo Augusto de Castro Lopes, Olavo de Oliveira Neto (coord.). 1ª ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2013. p. 359-376.

ANDERS, Eduardo Caminati, BAGNOLI, Vicente, CARVALHO, Vinícius Marques de, Cordovil, Leonor. **Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada – Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 189-194.

ANDRADE, Osvaldo Lucas. **Número e Fenômeno: Impossibilidade e Necessidade da Certeza no Processo Probatório**. In: Processo, Verdade e Justiça – Estudos sobre a Prova Judicial. ZAGANELLI, Margareth Vetis (coord.). Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. p. 223-244.

ANDRADES, Alcides. **O cartel sob a ótica penal e administrativa**. In: Sítio Eletrônico JusBrasil. Disponível em: <http://alcidesandrade.jusbrasil.com.br/artigos/184182053/o-cartel-sob-a-otica-penal-e-administrativa?ref=topic_feed> Acessado em 23 de junho de 2015.

ARRUDA, Élcio. **Crimes de colarinho branco (White-collar crimes)**. Em: Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região. – Vol. 26, n.1/2 (janeiro/fevereiro 2014) – p. 11-14. – Brasília.

BARNETT, Cynthia. U.S. Department of Justice. Federal Bureau of Investigation. Criminal Justice Information Services (CJIS) Division. **The Measurement of White-Collar Crime Using Uniform Crime Reporting (UCR) Data**. Disponível em: <http://www.fbi.gov/stats-services/about-us/cjis/ucr/nibrs/nibrs_wcc.pdf> Acesso em 05 de maio de 2015.

BATISTA, Nilo. **Mídia e sistema penal no capitalismo tardio**. In: Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade, Rio 2002, Ed. Revan, p. 272.

BITTAR, Walter Barbosa, e PEREIRA, Alexandra Hagiwara. **Delação Premiada – Direito Estrangeiro, Doutrina e Jurisprudência**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

BITTAR, Walter Barbosa. **Delação Premiada no Brasil e na Itália**. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. Ano 19, n. 88, jan-fev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 225-270.

BONATO, Patrícia de Paula Queiroz. **Crimes de Colarinho Branco e a (in)eficácia da tutela jurídico-penal da ordem econômica**. Em Revista Brasileira de Ciências Criminais Ano 22 – n. 107 março-abril. 2014. 103-120. Editora Revista dos Tribunais. Publicação oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais).

BRANCO, Fernando Castelo. **Reflexões sobre o acordo de leniência: Moralidade e eficácia na apuração dos crimes de cartel**. In: Direito penal econômico: crimes econômicos e processo penal. São Paulo: Saraiva, 2008.

BUHART, Jacques, MAULIN, Romain. **Proof in Cartels: State of Play and Perspectives**. In: Concurrences, n.º 4, 2011. p. 51-64. Disponível em: <<http://awa2012.concurrences.com/academic/article/proof-in-cartels-state-of-play-and>> Acessado em 06 de maio de 2015.

BUTTENBENDER, Carlos Francisco. **Direito Probatório, Preclusão & Efetividade Processual**. Curitiba: Juruá, 2004.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **A Valoração da Perícia Genética**. In Provas: aspectos atuais do direito probatório. NEVES, Daniel Amorim Assumpção (coord.). São Paulo: Editora Método, 2009. p. 11-21.

CAMPOS, Asér Martins de Souza, e JUNIOR, Asér de Souza Campos. **Breves Anotações sobre a Prova e Erros Judiciários**. 1984.

CANÁRIO, Pedro. **Em parecer, MPF defende prisões preventivas para forçar réus a confessar**. In: Conjur – Sítio Eletrônico “Consultor Jurídico”. 27 de novembro de 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-nov-27/parecer-mpf-defende-prisoas-preventivas-forcar-confissoes>> Acessado em 23 de junho de 2015.

CANÁRIO, Pedro. **Professores criticam parecer sobre prisões preventivas na "lava jato"**. In: Conjur – Sítio Eletrônico “Consultor Jurídico”. 28 de novembro de 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-nov-28/professores-criticam-parecer-prisao-preventiva-lava-jato>> Acessado em 23 de junho de 2015.

CAPANO, Evandro Fabiani. **Mercado Financeiro e Crime Organizado**. In: Site Contabil, 25 de novembro de 2014. Disponível em: <<http://www.sitecontabil.com.br/noticias/artigo.php?id=33>> Acessado em 14 abr 2015.

CASARA, Rubens. **O mito da imparcialidade do Ministério Público no Processo Penal Brasileiro: o desvelamento necessário**. In: Escritos transdisciplinares de criminologia, direito e processo penal: homenagem aos mestres Vera Malaguti e Nilo Batista. PEDRINHA, Roberta Duboc, FERNANDES, Márcia Adriana (orgs.) [ilustrações J. Batista]. 1ª ed., Rio de Janeiro: Revan, 2014. p. 935-944.

CONNOR, John M.. **Cartel Amnesties Granted: Worldwide Whistleblowers**. 20 de maio de 2009. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1285469> Acessado em 06 de maio de 2015.

CONSO, Giovanni e GREVI, Vittoria. **Comentatio breve al Codice di Procedura Penal**. Padova: Cedam, 2005. Apud MENDRONI, Marcelo Batlouni. Crime Organizado - Aspectos Gerais e Mecanismos Legais. 2ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2007. p. 263.

COSTA, Cláudio. **Reflexões sobre delação premiada: processo, prova, ética e história**. In: Escritos transdisciplinares de criminologia, direito e processo penal: homenagem aos mestres Vera Malaguti e

Nilo Batista. PEDRINHA, Roberta Duboc, FERNANDES, Márcia Adriana (orgs.) [ilustrações J. Batista]. 1ª ed., Rio de Janeiro: Revan, 2014. p. 265-270.

COSTA, Fernando José da. **Delação Premiada, Uma prova a ser usada com ressalvas**. In: Consulex Revista Jurídica, v. 18, n. 426, out de 2014. p. 18-19.

COSTA, Gisela França da. **Breve panorama do pensamento de Edwin H. Sutherland e a nova etiologia da criminalidade**. In: Inovações no Direito Penal Econômico – Contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas. SOUZA, Artur de Brito Gueiros (org.). Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2011. p. 65-90.

DAMASCENO E SANTOS, Juliana Pinheiro. **Questão conceitual: Crimes de colarinho-branco ou crimes econômicos?** Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9179> Acessado em 02 de junho de 2015.

D'AMBROSIO, Loris Apud BITTAR, Walter Barbosa. **Delação Premiada no Brasil e na Itália**. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. Ano 19, n. 88, jan-fev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 225-270.

DELLEPIANE, Antonio. **Nova Teoria da Prova**. Tradução da 5ª ed. argentina por Erico Maciel. São Paulo: Editora Minelli, 2004.

DIDIER JR., Fredie. **Considerações sobre a Confissão**. In Provas: aspectos atuais do direito probatório. NEVES, Daniel Amorim Assumpção (coord.). São Paulo: Editora Método, 2009. p. 161-178.

ECHANDÍA, Hernando Devis. **Compendio de la Prueba Judicial**. Vol. II. Anotado y Concordado por Adolfo Alvarado Velloso. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni Editores, 2000.

ESSADO, Tiago Cintra. **Delação premiada e idoneidade probatória**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 101, p. 203-227, 2013.

ESTORILIO, Jairo Amodio. **Investigação Criminal nos Delitos Empresariais**. Curitiba: Juruá, 2007.

FACHETTI, Gilberto Silvestre. In: Processo, verdade & justiça: estudos sobre a prova judicial. Margareth Vetis Zaganelli. (Org.). 1ª ed., v. 1. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. p. 75-96.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **Contornos sobre a Prova na Investigação de Paternidade**. In Provas: aspectos atuais do direito probatório. NEVES, Daniel Amorim Assumpção (coord.). São Paulo: Editora Método, 2009. p. 83-110.

FASSONI, Elvio. **L'Utilizzazione degli Atti, la Valutazione della Prova**. In: Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura – Incontri di Studio sul Nuovo Codice di Procedura Penale – Relazioni e Contributi. v. 1, novembro de 1988 – junho de 1989. p. 516-542. Disponível em: http://www.csm.it/quaderni/quad_27.pdf> Acessado em 31 de maio de 2015.

FERRARI, Eduardo Reale. **Legislação penal antitruste: Direito Penal Econômico e sua acepção constitucional**. Direito e Democracia (ULBRA), Canoas/RS, v. 6, n. 2, p. 287-524, 2005 Disponível em: <<http://www.realeadvogados.com.br/opinioes/edu.pdf>> Acessado em 27 de abril de 2015.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Direito da concorrência e enforcement privado na legislação brasileira**. In RDC, Vol. 1, nº 2, Novembro 2013, pp. 11-31. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/revista/index.php/revistadedefesadaconcorrenca/article/view/75>>. Acessado em 14 de abril de 2015.

FERRO, Ana Luiza Almeida. **Crime Organizado e Organizações Criminosas Mundiais**. Curitiba: Juruá Editora, 2010. 704 págs.

FIJNAUT, Cyrille, e PAOLI, Letizia. **Organized Crime in Europe – Concepts, Patterns and Control Policies in the European Union and Beyond**. Springer, 2004.

FILHO, Espínola. LIMA, Marcellus Polastri. **A Prova Penal**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002.

FILHO, Vicente Greco. **Comentários à Lei de Organização Criminosa: Lei n. 12.850/2013**. São Paulo: Saraiva, 2014.

FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**. 6ª ed. revisada e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

FREIRE E SILVA, Bruno, e GOMES FLORENTINO, Carlos Manoel Leite. **Uma Análise da Tendência de Aumento dos Poderes do Juiz no Campo das Provas e os seus Necessários Limites diante de Princípios e Regras**. In Provas: aspectos atuais do direito probatório. NEVES, Daniel Amorim Assumpção (coord.). São Paulo: Editora Método, 2009. p. 65-82..

FREITAS, José Lebre de. **A Confissão no Direito Probatório**. 2º ed., fev., 2013. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

GABAN, Eduardo Molan, e DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito Antitruste**. 3. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

GAMITO, Marta Cantero. **Leniency Programmes in the Antitrust Fight**. In: Private Enforcement of the Competition Law. GILSAN, Javier Gutiérrez, LEDESMA, Carmen Alonso, SÁENZ, Joseba A. Echebarría, SAN PEDRO, Luis A. Velasco, SUÁREZ, Carmen Herrero (editores). 1ª ed., outubro de 2011. Valladolid, Espanha: Lex Nova, 2011.

GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. **Cartel – Teoria Unificada da Colusão**. São Paulo: Lex Editora, 2007.

GILBERTO, André Marques. **O processo antitruste sancionador: aspectos processuais na repressão das infrações à concorrência no Brasil**. São Paulo: Lex Editora S.A., 2010.

GRECCO, Gabriel Noronha, MAGGI, Bruno Oliveira, e PAGOTTO, Leopoldo. **A nova Lei de Defesa da Concorrência – Lei 12.529/2011**. In Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais – RDB. Ano 15, n. 55, janeiro-março, 2012. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 16-32.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Direito à Prova no Âmbito Administrativo**. In Provas: aspectos atuais do direito probatório. NEVES, Daniel Amorim Assumpção (coord.). São Paulo: Editora Método, 2009. p. 1-10.

GUIDI, José Alexandre Marson. **Delação premiada no Combate ao Crime Organizado**. São Paulo: Editora Lemos E Cruz – Publicações Jurídicas, 2006.

GUIMARÃES, Denis Alves. **Prova econômica e cartéis: reflexões a partir da jurisprudência**. Revista de Direito da Concorrência. Brasília: Iob; CADE. n. 13, jan./mar. 2007.

HILL, Flávia Pereira. **Plea Bargaining – Uma Incursão no Sistema Processual Penal Norte-Americano**. In: Temas Contemporâneos de Direito Processual. João de Almeida, e João Luiz da Silva Almeida (edit.). Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.

KARAM, André, e STRECK, Lenio. **Vícios Privados, Benefícios Públicos**. In: Conjur – Sítio Eletrônico “Consultor Jurídico”. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-dez-14/advogados-promotores-discutem-delacao-premiada-lava-jato>> Acessado em 23 de junho de 2015.

KNIJNIK, Danilo. **Ceticismo fático e fundamentação teórica de um Direito Probatório**. In: Prova judiciária: estudos sobre o novo direito probatório. KNIJNIK, Danilo (coord.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

LEMOS JR., Arthur Pinto de. **Delação premiada: posição favorável**. In Jornal Carta Forense: 05 de maio de 2014. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/delacao-premiada-posicao-favoravel/13614>> Acessado em 14 de abril de 2015.

LIMA, Marcellus Polastri. **A Prova Penal**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002.

LIPINSKI, Antônio Carlos. **Crime Organizado & A Prova Penal – Lei n 9.034, de 03.05.1995**. Curitiba: Juruá, 2006. 1ª edição (ano 2003), 4ª tiragem, 154 págs., v. 1.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **A Prova na Ação de Improbidade Administrativa**. In: A Prova no Direito Processual Civil: Estudos em homenagem ao professor João Batista Lopes. Olavo de Oliveira Neto, Elias Marques de Medeiros Neto, e Ricardo Augusto de Castro Lopes (coord.). 1ª ed.. São Paulo: Editora Verbatim, 2013. p. 531-543.

MAIA, Carlos Rodrigo Fonseca Tigre. **Tutela penal da ordem econômica: o crime de formação de cartel**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2008.

MAIEROVITCH, Wálter. **Delação premiada: Desde a profecia de um filósofo alemão em 1800 até a transação de Paulo Roberto Costa junto ao MP**. In: Carta Capital, 27 de setembro de 2014. Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/revista/819/delacao-premiada-4253.html>> Acessado em 14 abr 2015.

MAIEROVITCH, Wálter. **Sábua prudência**. In: Carta Capital, 10 de março de 2015. Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/revista/840/sabia-prudencia-6311.html>> Acessado em 14 de abr de 2015.

MANDEL, Gabriel. **Ações de busca e apreensão do CADE preocupam advogados**. In: Consultor Jurídico. 23 de outubro de 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-out-23/invasao-acoes-busca-apreensao-cade-preocupam-advogados>> Acessado em 06 de junho de 2015.

MARTINS, Jomar. **Condenação a crime de colarinho branco cresceu 638% em 12 anos, diz estudo**. In Consultor Jurídico – Conjur. 29 de novembro de 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-nov-29/condenacao-crime-colarinho-branco-cresceu-638-12-anos>> Acessado em 24 de abril de 2015.

MARTINS, Rui Cunha. **O Ponto Cego do Direito – The Brazilian Lessons**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

MASI, Carlos Velho. **Criminalidade econômica e repatriação de capitais: um estudo à luz da política criminal brasileira**. Porto Alegre: EdiPUCRS, 2012. p. 163. Disponível em: <<https://books.google.com.br/books?id=WQ-79deend8C&lpg=PA169&ots=lf7ataVzgT&dq=%22criminalidade%20econ%C3%B4mica%22%20%22crime%20organizado%22%20%22colarinho%20branco%22&hl=pt-BR&pg=PA163#v=onepage&q=%22criminalidade%20econ%C3%B4mica%22%20&f=false>> Acessado em 02 de junho de 2015.

MAZZUCATO, Paolo Zupo. **Acordo de Leniência**. In: Direito penal econômico e da empresa: Direito penal econômico. PRADO, Luiz Regis, e DOTTI, René Ariel (org.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. (Coleção Doutrinas Essenciais; v. 2) p. 1111-1149.

MONTOYA, Mario Daniel. **Máfia e Crime Organizado – Aspectos legais**. Autoria mediata. Responsabilidade penal das estruturas organizadas de poder. Atividades criminosas. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

MORAIS, de Paulo Heber de, e LOPES, João Batista. **Da Prova Penal – Teoria e Prática**. Campinas: Julex Livros Ltda., 1978.

MOTTA, Renata. **Sociologia de risco: globalizando a modernidade reflexiva**. Sociologias, Porto Alegre, ano 11, nº 22, jul./dez. 2009, p. 384-396. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/soc/n22/n22a15.pdf>> Acessado em 24 de abril de 2015.

NETO, Amadeu de Souza Ferreira. **Programa de Leniência e a Lei 12.529/2011: Avanços e desafios**. In Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional – RIBRAC. Ano 19, n. 22, julho-dezembro, 2012. CORDOVIL, Leonor (coord.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

NEVES E CASTRO, Francisco Augusto. **Teoria das Provas e suas aplicações aos atos civis**. Atualização ortográfica da 2ª ed. da obra, editada em 1917. Campinas: Servanda, 2000.

NEVES, Eduardo Viana Portela. **A atualidade de Edwin H. Sutherland**. In: Inovações no Direito Penal Econômico – Contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas. SOUZA, Artur de Brito Gueiros (org.). Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2011.

NUSDEO, Fábio. **O Direito Econômico Centenário: um “Vol D’oiseau” sobre o Passado e Algumas Perspectivas para o Futuro**. In: ADEODATO, João Maurício E BITTAR, Eduardo C.B. *Filosofia e Teoria Geral do Direito*. Homenagem a Tercio Sampaio Ferraz Junior. 1 ed. São Paulo: Ed. Quartier Latin, 2011, v. 1, p. 397-429.

ODRIOZOLA, Miguel. **The Lawyer's Dilemma: Leniency and Settlement**. In: Private Enforcement of the Competition Law. GILSAN, Javier Gutiérrez, LEDESMA, Carmen Alonso, SÁENZ, Joseba A. Echebarria, SAN PEDRO, Luis A. Velasco, SUÁREZ, Carmen Herrero (editores). 1ª ed., outubro de 2011. Valladolid, Espanha: Lex Nova, 2011.

OLIVEIRA JUNIOR, Gonçalo Farias de. **Ordem Econômica e Direito Penal Antitruste**. 2ª edição. Curitiba: Juruá, 2009. 316 págs.. Coleção Biblioteca de Estudos Avançados em Direito Penal e Processual Penal.

OSÓRIO, Fábio Medina, **Direito Administrativo Sancionador**. 4ª ed. rev., atual. e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

PALHARES, Cinthia Rodrigues Menescal. **Aspectos político-criminais das sanções penais econômicas no direito brasileiro**. In: Inovações no Direito Penal Econômico – Contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas. SOUZA, Artur de Brito Gueiros (org.). Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2011. p. 147-176.

PEREIRA, Frederico Valdez. **Compatibilização Constitucional da Colaboração Premiada**. In Revista CEJ, ano XVII, n. 59, jan./abr., 2013. Brasília: CEJ, 2013. p. 84-99.

PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação Premiada: legitimidade e procedimento**. Curitiba: Juruá, 2013.

PINTO, Ronaldo Batista. **Aspectos éticos da delação premiada**. In CONAMP – Associação Nacional dos Membros do Ministério Público. Disponível em: <<http://www.conamp.org.br/pt/biblioteca/artigos/item/565-aspectos-eticos-da-delacao-premiada.html>> Acesso em 14/04/2015.

PRADO, Luiz Regis. **Direito Penal Econômico**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

PRAXEDES, Renata Rodrigues. **Valoração de Prova na Condenação de Carteis: O Mercado de revenda de combustíveis**. Revista do IBRAC, v. 19, n. 22, jul./dez., 2012. p. 341–353.

RAPOSO, Guilherme Guedes. **Bem jurídico tutelado e direito penal econômico**. In: Inovações no Direito Penal Econômico – Contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas. SOUZA, Artur de Brito Gueiros (org.). Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2011.

RINALDI, Stanislao. **Criminalidade Organizada de Tipo Mafioso e Poder Político na Itália**. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. Ano 6, n. 22, abr.-jun. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998. p. 11-25.

ROSITO, Francisco. **Direito Probatório: as máximas de experiência em juízo. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora**, 2007.

SABATINI, Guglielmo. **Teoria delle Prove nel Diritto Giudiziario Penale**. Catanzaro, 1909.

SILVEIRA, Rodrigo Mansour Magalhães da, e VAGGIONE, Luiz Fernando. **O crime organizado na Itália e as medidas adotadas para o seu combate**. In: Crime Organizado – Aspectos Processuais. Antonio Scarance Fernandes, José Raul Gavião de Almeida, Maurício Zanoide de Moraes (coords.) - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 232-250.

SOUZA, Luciano Anderson de. **Legitimidade da proteção penal da ordem econômica** (Resumo). Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo – USP. São Paulo, 2011. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-10092012-152423/en.php>> Acessado em 24 de abril de 2015.

SUTHERLAND, Edwin Hardin. **White-Collar Criminality**. In: American Sociological Review. v. 5, n. 1, february, 1940. p. 1-12. Disponível em: <cooley.libarts.wsu.edu/criminology/documents/sutherland.pdf> Acessado em 24 de outubro de 2014.

TIEDEMANN, Klaus. **El Concepto de Derecho Economico, de Derecho Penal Economico y de Delito Economico**. In: Cuadernos de política criminal, nº 28. Madrid: Edersa, 1986.

TROTT, Stephen S. **O uso de um criminoso como testemunha: um problema especial**. In: Revista dos Tribunais, ano 96, vol. 866, dezembro de 2007. p. 403-445.

VARELA, Casimiro A.. **Valoración de la prueba. Procedimientos civil, comercial y penal**. 2ª ed. atualizada e ampliada, 3ª reimpressão. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma.

ZANETI JR., Hermes. **Direito Probatório, Lógica Jurídica e Processo**. In Provas: aspectos atuais do direito probatório. NEVES, Daniel Amorim Assumpção (coord.). São Paulo: Editora Método, 2009. p. 179-227.